Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 B.G.B.

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Willenserklärungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

verfaßt und der

hohen juristischen Fakultät

der

K. Bayer. Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg

vorgelegt von

Anton Graf von Pestalozza

in München.

München 1904

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 B.G.B.

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Willenserklärungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

verfaßt und der

hohen juristischen Fakultät

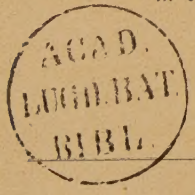
der

K. Bayer. Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg

vorgelegt von

Anton Graf von Pestalozza

in München.



München 1904

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Herrn Kunstmaler

Professor Toni Stadler-München

gewidmet.

Inhaltsangabe.

Übersicht über den Gang der Untersuchung.

Erster Abschnitt.

Der Begriff der Mentalreservation im ursprünglichen, theologischen Sinne:

Nicht die Kanonisten, sondern die Moralisten haben den Begriff zuerst bearbeitet und verwendet (S. 1). — Veranlassung hierzu (S. 1). — Unterscheidung der Begriffe mendacium, materialiter verbis uti, duplex scientia und aequivocatio sive restrictio mentalis (S. 2). — Einteilung der Fälle der restrictio mentalis (S. 2—4). — Möglichkeit eines dreifachen Standpunktes bei Unterscheidung der erlaubten und unerlaubten Fälle absichtlicher Täuschung durch Worte (S. 4 u. 5). — Scheurls dreifacher Begriff der Mentalreservation (S. 5 u. 6). — Die Behandlung von c. 26 X. de sponsal. 4, 1 bei Scheurl, Böhmer, Savigny, Scheiff, Kohler und Sehling (S. 6 u. 7). — Darstellung des nachweisbaren Tatbestandes (S. 7). — Analyse des Tatbestandes. Der Lautverwirklichungswille (S. 7 u. 8). — Die konventionell-typische Lautbedeutung (S. 8). — Die konventionell-konkrete Lautbedeutung überhaupt (S. 8 u. 9), und die konventionell-konkrete Bedeutung des: „Joannes te desponsat" (S. 9). — Verkehrsbedeutung und individuelle Bedeutung (S. 9 u. 10). — Die Akte des „Zeichensetzens" und „Zeichendeutens" (S. 10). — Beantwortung der Frage, „ob in c. 26. X. de sponsal. 4, 1 eine Mentalreservation vorliegt (S. 11). — Übereinstimmende und abweichende Äußerungen Scheurls, Kohlers, Sehlings, Scheiffs. Kritik (S. 11 u. 12). — Fortsetzung der Kritik gegen Scheiff (S. 12), — Kohler (S. 12—14), — Sehling (S. 14 u. 15). — Gratians decr. c. 22 qu. 4. p. 3. (S. 15). — Resultat (S. 15).

Zweiter Abschnitt.

Der Begriff der Mentalreservation in der juristischen Literatur:

Charakteristik der landläufigen Vorstellungen über Mentalreservation (S. 16). — Einfluß derselben auf den juristischen Begriff (S. 16). — Das Argument der Arglist: Pininski, Enneccerus, Matthiaß, Vogl, Eck (S. 16 u. 17). — Mentalreservation und Lüge: Savigny, Scheurl, Vorarbeiten zum B.G.B., Hellmann, Isay, Matthiaß (S. 17 u. 18). — Windscheid, Pernice, Crome (S. 18). — Mentalreservation und aequivocatio: Scheurl, Danz, Regelsberger (S. 19). — Mentalreservation und restrictio pure mentalis: Scheiff, Kohler (S. 20). — Verschiedene Auffassungen über den Tatbestand der Divergenz: Ursache derselben (S. 20 u. 21). — Mangel des Rechtsfolgewillens: Windscheid, Pininski, Danz, Gareis (S. 21 u. 22). — Mangel des Verpflichtungswillens: Regelsberger, Kohler, Scheurl, Hölder (S. 22). — Mangel des Ausführungswillens: Hölder, Leonhard, Dernburg (S. 22 u. 23). — Savigny, Eisele, Crome, Dernburg, Cosack, Isay, Hellmann, Riezler (S. 23). — Der Tat-

bestand des „insgeheimen" Vorbehaltes. Charakteristik der Literatur hierüber (S. 23 u. 24). — Hölder, Zitelmann, Eisele, Riezler, Hölder, Gareis, Danz, Zitelmann (S. 24—26). — Kohlers und Scheurls Behauptungen über die psychologische Konstruktion der Mentalreservation (S. 26—29). — Mentalreservation und verwandte Fälle: Mentalreservation und Simulation: Kohler, Wette, Scheiff, Sonntag, Forrer, Koch, Schloßmann (S. 29 u. 30). — § 116 und § 118 B.G.B.: Pernice, Standpunkt des Gesetzgebers, Standpunkt der Literatur im allgemeinen, Grueber, Gareis (S. 30—33). — Die Kasuistik der Literatur: Enneccerus, Hölder, Scheurl, Leonhard, Dernburg, Altsmann, Pernice, Ihering, Pininski, Cosack (S. 33—41). — 3 Entscheidungen des Reichsgerichtes (S. 41—45). — Schluß (S. 46).

Dritter Abschnitt.

Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 B.G.B.

Fragestellung (S. 47). — Das vorbehaltene Wollen ist ein zukünftiges, gegenwärtig unbestimmbares Wollen. Leonhard (S. 47). — Ist das „Erklärte" vom Vorbehaltenden nicht gewollt? (S. 47 u. 48). — Zweck des Vorbehaltes in der Ethik; psychologische Begründung des Vorbehaltes (S. 48 u. 49). — Zweck des rechtlichen Vorbehaltes (S. 49 u. 50). — Der Vorbehalt als Rechtserhaltungsakt und als Rechtshemmungsakt (S. 50). — Der akzessorische Charakter des Vorbehaltes (S. 50). — Sind die erklärten Rechtswirkungen nicht gewollt? (S. 50). — Der innere und der ausdrückliche Vorbehalt (S. 50). — Begriffsbestimmung des Wortes „insgeheim"; Kenntnis Dritter vom Vorbehalt; Kenntnis des Interessenten vom Vorbehalt (S. 50 u. 51). — Umschreibung des gesetzlichen Wortlautes des § 116 B.G.B. auf Grund der vorangegangenen Untersuchung (S. 51 u. 52). — Bewußtseinszustand des Erklärenden im Falle des § 116 B.G.B. (S. 52). — Beruft sich der Vorbehaltende auf eine Lüge? (S. 52). — Der Begriff des Vorbehaltes im B.G.B. überhaupt; Isays Stellungnahme (S. 52—54). — Die „unverbindlich" gemeinte Willensäußerung und der Tatbestand des § 116 B.G.B. (S. 54). — Das Wollen unter einer Zeitbestimmung und das Wollen unter Vorbehalt (S. 54 u. 55). — Das Wollen unter einer Bedingung und das Wollen unter Vorbehalt (S. 55). — Der Tatbestand des § 116 B.G.B. und die condicio, si volam (S. 55). — Zusammenhang der Begriffsbestimmung der Mentalreservation im Sinne des § 116 B.G.B. mit den Problemen der Willenserklärung; Standpunkt dieser Untersuchung und Standpunkt der Literatur über den Tatbestand des § 116; Einwand bezüglich unserer Behauptung, daß das Nichtwollen des Erklärten nicht zum wesentlichen Tatbestand des § 116 B.G.B. gehöre; unsere Untersuchung als Beitrag zur Begriffsbestimmung des Erklärten und der Willenserklärung überhaupt (S. 55—57).

Literatur.

Altsmann, Das Recht des B.G.B. 1900.
Bekker, Ernst, System des heutigen Pandektenrechts 1886—89.
Böcking, Pandekten I.
Böhmer, Jus eccles. prot. 1747.
Cornelius, Psychologie als Erfahrungswissenschaft 1897.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes 1900.
Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897.
Dernburg, Pandekten 1900.
—, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechtes 1902.
Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. 1898 und 1902.
Eisele, Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Kontrahenten (Jahrb. f. Dogm. d. R. 25, S. 414 ff. 1887).
Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1889.
Erdmann, Die psychologischen Grundlagen der Beziehungen zwischen Sprechen und Denken (Arch. f. system. Philosophie. Neue Folge der philos. Monatshefte 7. Bd. 1901).
Escobar, Liber theologiae moralis 1651.
Forrer, Über Simulation und sog. Mentalreservation nach römischem Recht (Berner Diss.) 1895.
Frege, Über Sinn und Bedeutung (Zeitschr. für Philosophie und philosophische Kritik. Neue Folge. 100. Bd. 1892).
Gareis, Der allgemeine Teil des B.G.B. 1900.
Gätschenberger, Grundzüge einer Psychologie des Zeichens. (Würzb. Diss.) 1901.
Grueber, Die Willensmängel der Rechtsgeschäfte nach dem B.G.B. (Seufferts Blätter für Rechtsanw. herausg. v. Staudinger, 63, S. 445 ff. 1898.)
Gury, Comp. theol. mor. 1868.
Hellmann, Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines B.G.B. Erstes Buch. 4. Abschn. Rechtsgeschäfte 1889.
—, Vorträge über das B.G.B, allg. Teil 1897.
Herzog, Realencyklopädie für prot. Theol. und Kirche. 12. Bd. 1883.
Hölder, Zum allg. Teil des Entwurfs eines deutschen B.G.B. (Arch. für ziv. Pr. 73, S. 1 und ff. 1888).
—, Kommentar zum B.G.B. 1. Bd. allg. Teil 1890.
Husserl, Logische Untersuchungen, II. Teil 1901.
Ihering, Culpa in contrahendo (Jahrb. für Dog. d. R., IV, S. 1 ff. 1861).
Jodl, Lehrbuch der Psychologie 1896.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäftes nach dem B.G.B. 1899.
Koch, Das Recht der Forderungen, 2. Bd. 1859.
Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation (Jahrb. für Dogm. d. R. 16, S. 91 ff. 1878).

Kohler, Noch einmal über Mentalreservation und Simulation (Jahrb. für Dogm. d. R. 16, S. 325 ff. 1878).
—, Zur Literatur des Handels- und Industrierechts (Krit. V. J. Sch. für Gesetzg. und Rechtsw. Neue Folge. 2. Bd. der ganzen Folge 21. Bd. S. 494 u. 495. 1879).
—, Über den Willen im Privatrecht (Jahrb. für Dogm. d. R. 28, S. 166 ff. 1889).
Lehmkuhl, Theol. mor. vol. I. 1885.
—, in Wetzer und Weltes Kirchenlexikon. 10. Bd. 1897.
Leonhard, Der allg. Teil des B.G.B. 1900.
Linsenmann, Lehrbuch der Moraltheologie 1878.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1900.
Meyer, Inst. juris. nat. 1. Bd. 1885. 2. Bd. 1900.
Pasqual, Les provinciales, 9. lettre.
Patuzzi, Eth. christ. t. IV. 1790.
Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften (Zeitschr. für d. ges. Handelsrecht. 25. Bd. Neue Folge. 10. Bd. S. 77 ff. 1880).
Pfänder, Phänomenologie des Wollens, Münch. Univ.-Preisschr. 1900.
Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Rechte. 2. Bd. 1888.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen 1. H. 1868.
—, Pandekten 1. Bd. 1893.
Reichsgericht, Entsch. i. Ziv.-S.
—, Entsch. i. Str.-S.
Riezler, s. Staudinger.
Sanchez, Selecta de sacramentis 1643.
—, Opus morale in praecepta decalogi, t. I. 1723.
Savigny, System des heutigen römischen Rechtes. 3. Bd. 1848.
Scheiff, Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung (Bonner Diss.) 1879.
Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht 1881.
—, Was ist Mentalreservation? (Arch. für ziv. Pr. 78, S. 342 ff. 1892).
Schloßmann, Der Vertrag 1876.
Sehling, Die Ehescheidung Napoleons I. (Zeitschr. für Kirchenrecht, herausg. von Dove und Friedberg, 20. Bd. Neue Folge. 5. Bd. S. 1 ff. 1885).
Sigwart, Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache 1879.
—, Logik.
Sonntag, Das simulierte Rechtsgeschäft (Erl. Diss.) 1899.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. I. Aufl. 1. Bd. 1898.
Stephany, Die Bedeutung des Willens bei Rechtsgeschäften (Erl. Diss.) 1897.
Vogel, Mentalreservation und Simulation nach B.G.B. 1899.
Wette, Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis (Greifsw. Diss.) 1900.
Windscheid, Wille und Willenserklärung 1878.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes 1900/1901.
Zitelmann, Die juristische Willenserklärung (Jahrbuch für Dogm. d. R. 16, S. 357 ff. 1878).
—, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B.G.B. I. Teil 1889, II. Teil 1890.

Durch das liebenswürdige Entgegenkommen der Münchener Universitäts-Bibliothek war es dem Verfasser ermöglicht, auch die nicht veröffentlichten Materialien zum B.G.B. für seine Arbeit zu verwenden.

Übersicht über den Gang der Untersuchung.

Der Begriff der Mentalreservation ist in der Jurisprudenz nicht annähernd einheitlich festgestellt. Auch die durch den § 116 B.G.B. erfolgte Regelung des Tatbestandes der Mentalreservation hat zu einer Klärung des Begriffes nicht geführt.

Die Ursache dieses Mangels ist unschwer zu erkennen. Die Literatur des gemeinen Rechtes arbeitete nämlich überhaupt nicht mit einem festumgrenzten Begriff der Mentalreservation, sondern schöpfte ihre Argumente aus einem Vulgärbegriff der reservatio mentalis, dem sie durch die spezielle Anwendung auf Willenserklärungen eine besondere Färbung verlieh; und von den Autoren, welche den § 116 B.G.B. behandeln, hat kein einziger auch nur versucht, aus dem Wortlaut des Gesetzes seinen Begriff der Mentalreservation abzuleiten, sondern, ausgehend davon, daß der Paragraph die reservatio mentalis regle, unterstellen dieselben umgekehrt dem § 116 denjenigen Tatbestand, den jeder einzelne von ihnen als reservatio mentalis betrachtet. Diese Methode, a priori gebildete Begriffe dem nach B.G.B. geltenden Rechte aufzuzwingen, steht in der juristischen Literatur allerdings nicht einzig da. Bei den Untersuchungen über die Begriffe „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" ist sie geradezu beliebt. Manigks Abhandlung über das gegenseitige Verhältnis der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung ist ein bezeichnendes Beispiel hierfür!

Die vorliegende Untersuchung hat einzig und allein den Zweck, denjenigen Begriff der Mentalreservation festzustellen, der dem § 116 B.G.B. zugrunde liegt. Das Resultat wird von der herrschenden Auffassung wesentlich abweichen. Um so mehr war es Pflicht des Verfassers, die bisherige Literatur (von Savigny ab) gründlich zu

untersuchen und die Entwicklung und den augenblicklichen Stand der Lehre vom Begriff der Mentalreservation erschöpfend darzustellen[1]).

Zu diesem Zwecke ist eine kurze Darstellung des ursprünglichen, moraltheologischen Begriffes der restrictio mentalis geboten. Da Scheurl seinen „ursprünglichen Begriff" dem kanonischen Recht entnahm, ist in diesem Teil der Untersuchung eine Besprechung desselben am Platze. Das hohe Interesse, welches dem von Scheurl zitierten c. 26. X. de sponsal. 4, 1 in der Literatur entgegengebracht wird, rechtfertigt eine ausführliche Behandlung der Stelle, soweit sie überhaupt in den Bereich der Untersuchung gehört. — Nach einer kurzen Charakterisierung der aus dem theologischen Begriff entstandenen Vulgärvorstellung von der Mentalreservation kann die Darstellung der juristischen Lehre unternommen werden. Es wird sich eine überraschende Vielheit von Anschauungen nachweisen lassen, die einen unverkennbaren Einfluß jener Vulgärvorstellung, bezw. des theologischen Begriffes verraten. — Schließlich soll auf Grund der Interpretation des § 116 B.G.B. der in diesem Paragraphen vorgesehene Tatbestand der Mentalreservation aufgezeigt und derselbe gegenüber verwandten Tatbeständen in kurzen Worten abgegrenzt werden.

---

[1]) Die neueste Auflage von Endemanns Lehrbuch konnte leider nicht mehr benutzt werden.

Erster Abschnitt.

Der Begriff der Mentalreservation im ursprünglichen, theologischen Sinn.

Pininski[1]), Scheurl[2]), Forrer[3]) u. a. stellen die Vermutung auf, daß der Begriff der Mentalreservation seinen Ursprung den Kanonisten verdanke. Es ist das ein Irrtum. Nicht die Kanonisten, sondern die Moralisten haben den Begriff zuerst bearbeitet und verwendet. Die zuerst von Augustinus mit aller Schärfe vertretene und seitdem in der katholischen Theologie unbestritten geltende Auffassung, daß eine Lüge unter allen Umständen verboten sei, brachte die Moraltheologie in einen Konflikt zwischen dem nunmehr starren Verbot des Dekaloges, der sein kurzes: „Du sollst nicht lügen" als unverrückbare Norm des Gewissens aufstellt, und dem in manchen Fällen unabweisbaren Erfordernis des praktischen Lebens, die Wahrheit anderen durch Täuschung zu verbergen. Der Theologe kann seitdem die Notlüge nicht mehr erlauben, ebensowenig als er die harmloseste Scherzlüge gestatten darf. Deshalb sucht er für solche Fälle, in denen eine Pflicht, die Wahrheit zu sagen, überhaupt nicht gegeben, vielmehr eine justa et honesta causa, die Wahrheit zu verschweigen, nach den allgemeinen Grundsätzen der katholischen Moral vorhanden ist, nach anderen Mitteln der Täuschung, welche außerhalb seines Begriffes der Lüge sind, aber den gleichen Erfolg haben wie diese[4]).

[1]) Pininski, Sachbesitzerwerb S. 396.
[2]) Scheurl, Arch. f. ziv. Pr. 78, S. 342 ff.
[3]) Forrer, Über Simulation und Mentalreservation nach r. R. S. 91.
[4]) Vgl. Patuzzi, eth. christ. T. IV, tr. V, p. II, diss. I, c. III, 7. Derselbe weist zunächst auf Clemens Alexandrinus und Cassian hin, welche die Lüge im Falle einer necessitas oder quando grave imminet discrimen gestatten. Anschließend hieran versichert Patuzzi, daß seit Augustinus kein Theologe mehr diese falsche Ansicht vertreten habe, und fährt fort: „Hinc excluso mendacio ad veritatem occultandam recentiores ad restrictiones quas mentales dicunt confugerunt putantes earum ope posse licite tegi veritatem." Die Wendungen „recentiores" und „restrictiones quas mentales dicunt" weisen deutlich darauf hin, daß zu Patuzzis Zeit Begriff und Ausdruck noch als neu galten; ebenso läßt der Zusammenhang erkennen, daß unter den recentiores die Moralisten zu verstehen sind.

Dem mendacium, oder der glatten Lüge, bei der der Sinn der Worte auf jeden Fall eine Unwahrheit ergibt und die Worte von dem Redenden auch innerlich in diesem Sinne aufgefaßt werden, stellen manche Moralisten das materialiter verbis uti entgegen. Sie verstehen darunter den Gebrauch von zusammenhängenden Worten, die an sich einen Sinn ergeben (etwa die Antwort auf eine Frage), aber nach der inneren und unausgesprochenen Absicht des Redenden überhaupt keinen Sinn haben, also als bloße Laute gebraucht sein sollen.

Man hat auch zu einer Unterscheidung zwischen scientia communicabilis und scientia incommunicabilis gegriffen. Dies geschah speziell, um die Wahrung des Beichtgeheimnisses theoretisch zu rechtfertigen; was der Priester in der Beichte erfahren hat, fällt in das Gebiet seiner scientia incommunicabilis; er ist deshalb berechtigt, geradezu zu leugnen, daß er etwas wisse. Manche dehnen diese Erlaubnis auf jede Art des Berufsgeheimnisses aus.

Die meiste Verbreitung fanden jedoch die Begriffe der aequivocatio und der restrictio mentalis. Beide sind nicht notwendig zu scheiden. Jede Mentalreservation stützt sich auf eine Zweideutigkeit, insofern mit zwei Bedeutungen operiert wird; und jede in Täuschungsabsicht gebrauchte Zweideutigkeit enthält eine Mentalreservation, insofern der Täuschende den Sinn der Worte, auf welchen er sich im Streitfalle beruft, verschweigt d. h. in mente reserviert. Es läßt sich der theologischen Literatur folgende Skala von aequivocationes sive restrictiones mentales entnehmen:

1. Jemand sagt: „Ich habe nicht gegessen" und denkt sich, er wolle damit sagen: „Ich habe nicht geschlafen". Dieses Beispiel führt Sanchez als Fall einer unerlaubten Mentalreservation an[1]). Es wird hier dem gesprochenen Worte ein Sinn beigelegt, den der Hörende niemals erfassen kann.

2. Es schwört jemand: „se non fecisse aliquid, quod re vera fecit, intelligendo intra se aliquid aliud, quod non fecit, vel aliam diem, ab ea, in qua fecit, vel quodvis aliud additum verum"[2]). Allgemein bezeichnen Sanchez und die übrigen Theologen Fälle dieser Art als Aussagen, bei denen der wahre Sinn sich nur aus einem inneren Vorbehalt des Redenden ergeben kann; was dabei vorbehalten wird, ist gleichgültig, nur muß der ausgesprochene Satzteil — verbum oris — durch die Beifügung des innerlich gedachten — verbum mentis — zu einer wahren Aussage werden[3]). Die Theologen halten strenge an dem Erfordernis dieses verbum mentis fest; denn ohne den verschwiegenen Zusatz hätte der Redende ja gelogen, und — Lüge ist unter keinen Um-

[1]) Sanchez, op. mor. l. III, c. VI, n. 15.
[2]) Ibidem.
[3]) Sanchez l. cit.: „dummodo restrictio concepta mente sit proportionata verbis, ita ut illis adjuncta verum ac congruum sensum efficiat, quo apta responsio resultaret." Ebenso die Neueren.

ständen erlaubt. Wie strenge die Moralisten auf ihrem theoretischen Standpunkt verharren, zeigt folgendes drastische Beispiel aus Sanchez: „Iurans latroni se illi daturum pecunias sine intentione dandi non peccat, si mente concipiat aequivocationem, videlicet, dabo, si ad id tenear: quia intercedente causa justa iuramentum potest proferri iuxta sensum propriae mentis, et non eius qui extorquet iuramentum“ [1]). In solchem Falle würde jedermann die Lüge gestatten [2]). Der Moralist aber ist konsequent und verbietet dem System zuliebe, was alle erlauben, um dann allerdings mit Rücksicht auf die Praxis das zu gestatten, was jedem geraden Sinne widerspricht. Die heutige Theologie verwirft jedoch einstimmig und ausdrücklich diese Fälle der sogenannten restrictio pure mentalis [3]).

3. Ein weiteres Mittel, die Wahrheit zu verbergen, ist der Gebrauch an sich nicht zweideutiger Worte unter Umständen oder begleitenden Gesten, die geeignet sind, denjenigen, der sie gehörig beachtet, vor Täuschung zu bewahren. Es ist das bereits ein Fall der reservatio late mentalis, die auch die heutige Theologie ganz allgemein als erlaubt erklärt. Während aber a) die Früheren nur objektives Vorhandensein eines Doppelsinnes erfordern, — so daß ich also, wenn ich leugnen will, etwas getan zu haben, sagen darf: „Ich habe das nicht getan“ indem ich dabei unter bezeichnenden Blicken das eine Bein aufhebe (= „ich habe das Bein nicht aufgehoben“), — verlangen b) die Moralisten unserer Tage, daß die Aussage „keine positiv unwahre sei, die nur täuschen kann, daß vielmehr der Charakter der Zweideutigkeit erkennbar sei.“ Der Jesuit Gury fordert geradezu: „circumstantiae, ex quibus clare appareat, quod audiens potest rem ita intellegere, ut est, et non ut sonat.“ Gury verlangt also nicht bloß eine in der Verbindung der Worte mit den Umständen liegende Zweideutigkeit, sondern auch deren Erkennbarkeit für den Hörenden [4]). Die Grenze ist hier selbstverständlich schwer zu ziehen.

4. Der harmloseste Fall der Mentalreservation ist die Amphibologie, oder der Gebrauch von Worten, die in ihrer gewöhnlichen Anwendung bereits zweideutig sind. „Quotiens verba sunt significatione sua ambigua pluresque sensus admittentia nullum est mendacium ea proferre in sensu quem proferens ex illis vult et concipit, etsi audientes ac is cui juratur in alio sensu accipiant: etsi nulla justa causa ducatur proferens. Ratio est,

---

[1]) Sanchez de sacr. im Index rerum unter „juramentum“. Vgl. auch disp. 35 n. 7.

[2]) Einen interessanten Vergleich bietet die (auch anderweitig zitierte) Stelle aus Cicero de off. c. 29, § 107.

[3]) Vgl. Lehmkuhl, Wetzer und Weltes Kirchenlexikon 10. Bd. — Martin, Lehrb. d. kath. Mor. § 218. — Gury, Comp. Theol. mor. P. I § 443. — Linsenmann, Lehrb. d. Moralth. S. 440. — Meyer, Inst. jur. nat. p. 55, 61. — Lehmkuhl, Theol. mor. vol. I, p. 453.

[4]) Gury, p. I § 443.

quia cum verba omnes illos sensus admittant, nil contra mentem itur aut germanum verborum sensum, illa in quovis illorum usurpando“ [1]). Während Sanchez hiermit solche Äquivokationen bedingungslos gestattet, ist die heutige Theologie auch hierin strenger. Der Jesuit Meyer erklärt die „aequivocatio, i. e. verba aut signa actionesve externas adhibere, quae e sua natura et communi sensu non ad unam significationem determinantur, sed duas vel plures admittunt“ — als unerlaubt, „quoties ipse finis ad quem dirigitur, videlicet celare veritatem, illicitus atque injustus est. Ideo in pactis, foederibus, . . . nefas est, ambiguitate uti“ [2]).

Die theologische Lehre von der Mentalreservation können wir zusammenfassend auf folgende theoretische Grundlage zurückführen:

Die Moraltheologie hat jederzeit als ein sittliches Erfordernis den Satz aufgestellt: Die Wahrheit d. h. Wirklichkeit muß sich mit dem maßgebenden Sinn der Worte decken. Ist das der Fall, so ist selbst eine vorausgesehene und beabsichtigte Täuschung des Nebenmenschen gestattet, falls dieser kein Recht auf Mitteilung der Wahrheit hat und ein billiger Grund, die Wahrheit zu verbergen gegeben ist [3]). Abweichende Anschauungen sind durchaus als vereinzelte Ausnahmen zu bezeichnen.

Als maßgebender Sinn der Worte, überhaupt der Zeichen, kann aber erscheinen: a) Der Sinn, welchen der das Zeichen Gebrauchende demselben innerlich beilegt; dieser Auffassung huldigten die alten Moralisten und gestatteten deshalb die restrictio pure mentalis; wie sie aus dem gleichen Grunde das mendacium schlechthin verboten. Scheurl faßt Pasquals Bemerkungen über diese Lehre in folgendem zusammen: „Die Absicht bestimmt die Beschaffenheit der Handlung; woraus dann gefolgert wird, daß, wenn man nur bei sich selbst eine Aussage so versteht, daß sie wahr ist, ihr die Beschaffenheit der Wahrhaftigkeit zukommt, auch wenn sie so, wie sie lautet, eine Lüge ist“ [4]). Gegenüber dem „sensus, quem proferens ex verbis vult et concipit“ [5]) ist der „germanus sensus verborum“ [6]) von diesem Standpunkte aus gleichgültig. Ein konsequenter Vertreter der reinen Willenstheorie würde das juristische Analogon hierzu liefern

---

[1]) Sanchez, op. mor. l. III, c. VI, n. 13.

[2]) Meyer, P. II, p. 61, 62.

[3]) In wirklich beachtenswerter Weise stellt Sanchez dies als Grundvoraussetzung seiner Lehre auf, indem er betont: „Quamvis verba ad aliquem alienum sensum significandum in conversatione communi non sit mendacium contra negativum non mentiendi praeceptum: est tamen peccatum omissionis contra affirmativum virtutis veritatis dicendae praeceptum. Quod exigenti ita ratione boni communis et civilitatis obligat quemlibet a proximo interrogatum ad respondendam determinatam veritatem de qua interrogatur, vel de qua ortus est sermo, nisi ex justa causa interrogatus jus habeat ad eam veritatem interroganti occultandam.“ (Op. mor. l. III, c. VI, n. 16.)

[4]) Scheurl, Arch. f. ziv. Pr. 78, S. 350, 351.

[5]) Sanchez, l. cit. n. 13.

[6]) Ibidem.

können[1])! b) Man kann jedoch auch einen „objektiven" Standpunkt einnehmen, indem man nämlich den Sinn als maßgebend betrachtet, welchen das Zeichen (die Worte . . .) nach der Verkehrsübung unter den begleitenden Umständen hat. Die subjektive Auffassung ist gleichgültig, — der Verkehrssinn der einzig gültige. Die heutige katholische Theologie bekennt sich zu diesem Standpunkt, jedoch nicht ohne teilweise Neigung zu laxer Kasuistik[2]). — Den „objektiven" oder „Verkehrssinn" bezeichnen auf dem Gebiete der Jurisprudenz als maßgebend die Anhänger der Erklärungstheorie. c) Es ließe sich noch eine dritte Bedeutung als maßgebend bezeichnen: diejenige, welche der Hörende dem Zeichen beilegt. Selbstverständlich könnte ein Vertreter dieses Standpunktes eine absichtliche Täuschung niemals gestatten. Im Rechtsleben und in der Wissenschaft des Rechtes spielt auch die Wortbedeutung in diesem Sinne eine nicht unerhebliche Rolle.

Von den Juristen hat nur einer sich mit der theologischen Lehre von der Mentalreservation beschäftigt, so daß wir unsere Darstellung derselben nur diesem gegenüber zu rechtfertigen haben. Es ist Scheurl in seiner Abhandlung: „Was ist Mentalreservation[3])?" Scheurl unterscheidet zwischen einem „ursprünglichen Begriff der Mentalreservation", dem „jetzt" in der juristischen Literatur „gangbaren Begriff" und der „jesuitischen Lehre von den restrictions mentales". Während Scheurl letztere einzig und fast wörtlich nach Pasquals neuntem Provinzialbrief — einer zwar unterhaltlichen, aber keineswegs objektiven Quelle — darstellt, kennzeichnet er den „ursprünglichen Begriff" der Mentalreservation durch folgende Worte: „Sie ist der Vorbehalt, mit einer Äußerung, die demjenigen, an welchen sie gerichtet wird, als eine Willenserklärung erscheint, und auch nach der Absicht des Urhebers erscheinen soll, heimlich einen Sinn zu verbinden, vermögedessen sie nicht die Willenserklärung ist, welche sie zu sein scheint. Das notwendige Mittel der Mentalreservation nach diesem Begriff ist zweideutige Fassung der Äußerung, Vermeidung einer Erklärung, die ihrem Wortlaut nach nur als die von dem Empfänger erwartete und gewünschte Willenserklärung verstanden werden könnte, oder eine sonstige heimliche Veranstaltung, vermöge deren die Äußerung einen Sinn haben kann, welcher dem von dem Angeredeten darin gefundenen entgegengesetzt ist"[4]).

---

[1]) Man vgl. Hölders Auffassung: „Sind Worte nur Zeichen von Gedanken, so kann von einer objektiven Bedeutung derselben, einem objektiven Wortgehalt in Wirklichkeit keine Rede sein. Sie sind vielmehr ein Zeichen und Ausdruck stets nur desjenigen Gedankens, welchen der Redende mit ihnen bezeichnen und ausdrücken wollte. (Sanchez: sensus quem proferens vult. et concipit!) . . . Indem er das Wort im betreffenden Sinn gebraucht, hat er den Gedanken, den er damit ausdrücken wollte, auch wirklich, wenngleich vielleicht in einer für andere unverständlichen Weise ausgedrückt. Meinung und Wirklichkeit sind hier identisch. (Filiutius nach Pasqual: „C'est l'intention qui règle la qualité de l'action".) Krit. V. J. Sch. f. G. und R. 14, S. 568.

[2]) So namentlich Pruner, Lehrb. d. kath. Moralth. S. 737.

[3]) Arch. f. ziv. Pr. 78 S. 343 ff.

[4]) Ib. S. 345, 346.

Nach Scheurl ist also eine Mentalreservation dann gegeben, wenn die Worte oder die sonstigen „Veranstaltungen" des „Erklärenden" sich vom Standpunkte der Verkehrsanschauung aus zunächst im Sinne des „Erklärungsadressaten" auslegen lassen, und erst in zweiter Linie diejenige Bedeutung haben können, welche der Erklärende ihnen beigelegt haben will. Es liegt in den Worten selbst eine Zweideutigkeit, oder es wird durch begleitende Umstände eine Zweideutigkeit geschaffen, die der Erklärungsempfänger nach der Absicht des Redenden übersehen soll.

Scheurl hat seinen ursprünglichen Begriff der Mentalreservation „durch eine genaue Beachtung der im Corpus juris canonici erwähnten Fälle, die stets als Mentalreservation gegolten haben," gewonnen.

Als bekanntesten dieser Fälle führt Scheurl den in dem c. 26. X. de sponsal. 4, 1 erwähnten an. Diese Stelle bildet seit Savigny den Zankapfel aller juristischen Bearbeiter der Mentalreservation. Bereits Böhmer[1]) wendet sich in heftigen Worten gegen die „absurde" päpstliche Entscheidung zugunsten eines Mannes, „qui improba reservatione mentali usus est." Savigny[2]) hat von Böhmer die Anschauung, daß hier Mentalreservation vorliege, übernommen, und ihm folgten „alle Schriftsteller" bis Scheiff[3]). Dieser jedoch behauptet: „In dieser Stelle liegt gewöhnlicher Betrug vor, eine einseitige Simulation, wenn man so will, aber keine Mentalreservation. Der Betreffende hat ja in Wirklichkeit ausgedrückt, was er eigentlich will, hat nichts in mente reserviert, aber er hat den Irrtum in der Frau erregt, daß sie in seiner Erklärung seinen wirklichen Willen nicht erkennen kann." — Kohler[4]) stellt den Fall in folgender Weise dar: „Der falsche Name hindert nicht, daß der Mann sich selbst damit bezeichnet hat;" es ist also wirklich eine desponsatio vollzogen, und dieselbe ist gültig. „Und da nun nach dieser desponsatio die copula carnalis eingetreten ist, so ist pro conjugio zu präsumieren." Diese Präsumption hat jedoch hier nicht statt, da feststeht, „daß der Mann non haberet propositum contrahendi, sed copulam tantum exequendi carnalem", überhaupt das ganze Verhalten des Mannes die Annahme eines Ehewillens ausschließe. Kohler kommt zu dem Schlusse: „Daß mithin in der ganzen Stelle von einer Berücksichtigung der Mentalreservation keine Rede ist, versteht sich von selbst; und ebenso ergibt sich, daß der Papst nicht eine Mentalreservation übersehen hat, welche in der Tat vorlag." Nach Sehling[5]) ist „an und für sich die Ehe gültig zustande gekommen." Im Gebrauche des falschen Namens liege eine Mental-

---

[1]) Böhmer, jus eccles. prot. Tom. IV, t. I, § 142.
[2]) Savigny, System III, § 143 Anm.
[3]) Scheiff, S. 28, 29.
[4]) Kohler, Jahrb. f. Dogm. 28 S. 185 ff.
[5]) Sehling, Zeitschr. f. Kirchenrecht 20 S. 39 ff.

reservation, die der Papst ausdrücklich als unbeachtlich erklärt. Jedoch aus der Behauptung des Bischofs, „daß der Mann nie den Eheschließungswillen besessen habe," entnehme der Papst, „daß die die Konsenserklärung begleitenden Umstände den wahren Willen erkennen zu lassen geeignet waren, d. h. also, der Papst muß annehmen, es liege keine einfache, ganz intern gebliebene Mentalreservation vor, sondern eine Simulation, die dem andern Teil bekannt werden mußte, und bekannt geworden ist, — und dann ist natürlich keine gültige Ehe zustande gekommen."

Die angeführten Stellen[1]) legen uns bereits eine Reihe von Fragen vor: Ist's Mentalreservation, ist's einseitige Simulation bezw. Betrug, ist's zunächst Mentalreservation und erst in zweiter Linie Simulation, was Pseudo-Joannes getan? Aber nicht bloß das — es wird sogar der Tatbestand verschieden dargestellt, so daß wir zunächst diesen klarzulegen haben. Nach dem Gesetzestext selbst läßt sich nur folgendes behaupten: Ein Mann erklärte einem Weibe ohne Zeugen und ohne irgend welche Förmlichkeit: „Joannes te desponsat." In Wahrheit hieß er aber nicht Joannes, sondern nannte sich nur dem Mädchen gegenüber so (sub nomine alieno, quo tunc se vocari finxit); noch weniger hatte er die Absicht, sich durch die Erklärung zu verloben. Er glaubte vielmehr, daß er nicht „sich" verlobt habe, da er ja nicht Joannes heiße, und daß eine Verlobung überhaupt nicht zustande gekommen sei, da er ja den Eheschließungsvorsatz nicht im entferntesten hatte. Andererseits gründete sich seine ganze Berechnung darauf, daß das Weib glaube, er heiße Joannes, daß sie infolge dieses Glaubens auch das „Joannes te desponsat" auf seine Person beziehen werde, und daß sie deshalb aus seinen Worten den Eheschließungsvorsatz entnehme, denselben als erklärt betrachte. Mit anderen Worten, Pseudo-Joannes wollte das Weib dazu bringen, daß sie sich für seine rechtmäßige Braut halte. In der Tat glaubt auch das Mädchen, daß der Mann allen Ernstes eine Verlobung vornehme, sie willigt in die Verlobung ein, und zögert nicht länger, sich ihm hinzugeben.

Eine genauere Analyse dieses Tatbestandes führt sofort in das Labyrinth der Fragen, die in der juristischen Literatur über die sog. „Divergenz zwischen Wille und Erklärung bei Willenserklärungen" lebhaft erörtert werden und auch der Psychologie nicht unerhebliche Schwierigkeiten bieten. Wir gehen diesen Fragen nicht aus dem Wege, sind aber gezwungen, sie in breiterer Form zu behandeln, um Mißverständnissen vorzubeugen, welche hier um so eher drohen, als die Jurisprudenz in den einschlägigen Fragen weder über eine feste Terminologie, noch über durchgebildete Begriffe verfügt.

Die gesprochenen Worte: „Joannes te desponsat" sind an sich bloße Laute. Pseudo-Joannes hatte den Willen, diese Laute

---

[1]) Weitere Literatur bei Hinschius: „Die Mentalreservation bei der Eheschließung," Arch. f. z. Pr. 83, S. 321 ff.

hervorzubringen. Es sei gestattet, diesen Willen als „Lautverwirklichungswillen“ zu bezeichnen.

Der Lautkomplex: „Joannes de desponsat“ gilt jedoch innerhalb des Kreises derer, welche die lateinische Sprache genügend beherrschen, als Zeichen eines zunächst nicht konkreten, sondern rein typischen Tatbestandes. Derjenige, welcher einzig diese „konventionelle Bedeutung“ des genannten Lautkomplexes ins Auge faßt, wird auf Grund derselben etwa die Vorstellung — nicht dieses oder jenes, sondern eines beliebigen Menschen haben, der sich Joannes nennt, und die Vorstellung einer beliebigen Frauensperson, welcher der Vorsatz, sie zu ehelichen, kundgegeben wird. Wie das einzelne Wort „Pferd“ oder „Mensch“ zunächst und rein für sich betrachtet, nicht auf ein Einzelnes hinweist, so bezeichnet auch der ganze Satz: „Joannes te desponsat“ für sich allein nur Typisches. Der reinste und einfachste Fall solcher Zeichenfunktion ist gegeben, wenn etwa ein Schüler aus seinem Übungsbuche Sätze, wie die folgenden übersetzt: „Ich liebe dich.“ — „Du hast von meinem Bruder ein Buch erhalten.“ — „Ich vermiete an dich dieses Haus“ u. s. w. Ein weit vorzüglicheres Beispiel bieten die von einem Phonographen produzierten Laute (etwa ganze Kaufunterhandlungen u. dgl.). Eine Zeichenfunktion in diesem Sinne kommt dem Lautkomplex zu, nicht, weil derjenige, welcher ihn produziert, ihm diese Funktion verliehe, sondern, weil er sie hat, und zwar hat zufolge konventioneller Übung innerhalb eines bis zu einem gewissen Grade bestimmbaren Personenkreises. Man kann hier von einer „konventionell-typischen Lautbedeutung“ sprechen.

Diese „konventionell-typische Lautbedeutung“ kann zu einer „konventionell-konkreten Lautbedeutung“ werden durch das Hinzutreten objektiv gegebener (ob „äußerlich erkennbarer“ — ist zunächst durchaus gleichgültig) Tatsachen, sei es „Umstände“, sei es „Verhalten“, sei es „andere Sprachlaute,“ — von welchen Tatsachen vielleicht jede einzelne, falls sie nur für sich bestünde, eine andere konventionell-konkrete, oder eine gegenüber der früheren nur eingeschränkte konventionell-typische Lautbedeutung ergeben würde, — während die Gesamtheit dieser Tatsachen die konventionell-konkrete Lautbedeutung ergibt[1]). Der Kreis dieser, die konventionell-typische Lautbedeutung sozusagen ausfüllenden Tatsachen (so daß sie zu einer konkreten wird) läßt sich zwar in Worten nie erschöpfend umschreiben, gleichwohl ist er genau umschrieben durch die gemeinsame Verkehrsübung

---

[1]) Gäbe es einen so gewaltigen Geist, der die Gesamtheit der einen artikulierten Laut begleitenden Umstände — in des Wortes allerweitester Bedeutung — überschauen und sie unter dem Gesichtspunkte der ihnen in concreto zukommenden Verkehrsbedeutung betrachten könnte, so würde dieser Idealgeist zu einem Urteil über die Wirklichkeit gelangen, das zwar nicht notwendig mit der Wirklichkeit sich in allem decken müßte, immerhin aber das derzeit für diesen Personenkreis vollkommenste und genaueste „Bild der Wirklichkeit“ böte. Das Ideal des Richters erfordert einen solchen allumfassenden Geist.

des in Betracht kommenden Personenkreises, welche im Bewußtsein des den Lautkomplex „Deutenden" sozusagen automatisch, rein mechanisch wirksam ist. Daß auch hier die Verschiedenheit der Personenkreise bedeutsam sein kann, liegt auf der Hand. Man denke nur an Kaufleute und Nichtkaufleute.

Welches ist nun die konventionell-konkrete Bedeutung des von Pseudo-Joannes verwirklichten Lautkomplexes: „Joannes te desponsat"? Daß die Beantwortung dieser Frage nicht einfach ist, liegt auf der Hand. Denn, wie hätte der Mann auf Erfolg in den Augen des Richters und zugleich auf Erfolg bei dem Mädchen rechnen können, wenn nicht die Worte so kunstvoll gesetzt wären, daß ihre verkehrsmäßige Bedeutung schwer festzusetzen ist?

Wir gehen aus von dem Satze: für die konventionell-konkrete Lautbedeutung ist der Sinn, welchen der Redende mit den Worten verbindet, ebenso gleichgültig wie die Auffassung des Hörenden. Wir sagen also: a) Nach der Verkehrsübung des größeren Personenkreises, in welchem Pseudo-Joannes und das Weib sich bewegen, dient der Laut Joannes nicht zur Benennung des Mannes. Innerhalb dieses Personenkreises würde also im Lautkomplex: Joannes te desponsat das Wort Joannes nicht die Vorstellung von dem Sprechenden erwecken, sondern seine rein typische Bedeutung beibehalten; der Lautkomplex würde unter den gegebenen Umständen als einfache Aussage über den Desponsationswillen eines gewissen Joannes erscheinen — b) Bei dieser „Interpretation" ist jedoch ein Umstand außer acht gelassen. Zwischen dem Redenden, dem Manne, und dem Hörenden, dem Weibe, diente der Laut Joannes zur Benennung des Mannes. Innerhalb dieser engsten von allen möglichen Personengesamtheiten ist diese Verkehrsübung[1]) begründet worden. Sie besteht, unabhängig von dem augenblicklichen Willen eines der Beteiligten, — sie „gilt"! Nach ihr ist also der Sinn des ganzen Komplexes festzulegen. Da die Individualisierung des mit te Gemeinten keine Schwierigkeit bietet, kommen wir zu folgender konventionell-konkreter Lautbedeutung: Joannes te desponsat besagt „objektiv", daß „der Redende (Pseudo-Joannes) sich mit dem Hörenden (dem Weibe) verlobt". Die Worte werden also im Verkehrssinne so aufgefaßt, als ob Joannes gesagt hätte: „Ich verlobe mich dir". Das ist die einzige Auslegung, welche als „konventionell" oder „verkehrsmäßig" bezeichnet werden kann.

Von der konventionellen oder Verkehrsbedeutung eines Lautkomplexes ist genau zu scheiden die Bedeutung, welche dem Komplex der Redende „gibt" und die Bedeutung, welche dem Kom-

[1]) Statt von „verkehrsüblicher Bedeutung" möchten wir lieber von „verkehrsmäßiger Bedeutung" sprechen; denn „Übung" im Sinne von Gewohnheit verlangen wir nicht; es genügt, daß zwischen beiden Teilen die fragliche Wortbedeutung konventionell feststeht. Nach dieser Auffassung bestünde zwischen Personen, die verschiedenen Verkehrskreisen angehören, unter Umständen überhaupt keine verkehrsmäßige Wortbedeutung!

plex der Hörende „entnimmt". Kommt die konventionelle Bedeutung einem Komplexe zu unabhängig von einem sinneinlegenden oder sinnauslegenden Bewußtsein, so hat er eine Bedeutung in dem nunmehr ins Auge gefaßten Sinn nur insoweit, als ein menschliches Bewußtsein sie ihm verleiht, also kraft psychischer Akte[1]).

Diese Akte können wir unterscheiden als Akte des „Zeichensetzens" auf Seite des Redenden und Akte des „Zeichendeutens" auf Seite des Hörenden. Die Akte des Zeichensetzens sind psychologisch wieder verschieden, je nachdem ich einen Lautkomplex oder einen sonstigen Komplex von sinnlich Wahrnehmbarem „setze als Zeichen für mich" oder „setze als Zeichen für einen anderen". Beides findet in dem von uns behandelten Falle statt. Pseudo-Joannes gebraucht die Worte: Joannes te desponsat als Zeichen dem Weibe gegenüber. Die Worte sollen nach seiner Absicht und Berechnung in dem Weibe die Vorstellung des Verlobungsaktes erzeugen: mit anderen Worten: er legt für das Weib in die Worte den gleichen Sinn, den sie nach der zwischen beiden bestehenden Verkehrsübung haben. Vor sich selbst aber (und vor dem Richter) leugnet er, daß dieser Sinn Geltung habe, bezeichnet er einen anderen Sinn als den wahren. In diesem anderen Sinn hat er die Worte als „Zeichen für sich" gebraucht, — er hat sie also doppelsinnig gebraucht. Den einen Sinn legte er für das Weib ein,

---

[1]) Über das Verhältnis der „Verkehrsbedeutung" zur „individuellen" oder „subjektiven" und zur „logischen" Bedeutung mag folgende Bemerkung am Platze sein: Auf Grund von Assoziationen reproduzieren gleiche und ähnliche Bewußtseinsinhalte die gleichen Wortvorstellungen, und gleiche und ähnliche Wortvorstellungen die gleichen Bewußtseinsinhalte: so daß die Gattung dieser Gesamtheit von Wortvorstellungen die Gattung jener Bewußtseinsinhalte bedeutet, — nicht schlechthin bedeutet, sondern bedeutet für den betreffenden einzelnen Menschen (vgl. Erdmann). Diese Gattungsbedeutung ist für den einzelnen Menschen die wahre, die wirkliche Bedeutung; und er korrigiert die eventuell nicht unter die Gattungsbedeutung subsumierbare zufällige und „irrtümliche" Einzelbedeutung stets nach dieser Gattungsbedeutung. So wächst aus einer Reihe von Einzelbedeutungen eines Wortes die (subjektive) Gattungsbedeutung heraus und tritt als ein gesondertes Element in den Bewußtseinszusammenhang, auf Grund von durch Gewohnheit erstarkten Assoziationen gebieterisch sich geltend machend. Wie die Gesamtheit der individuellen Einzelbedeutungen die individuelle Gattungsbedeutung, — so liefert die Gesamtheit der individuellen Gattungsbedeutungen die „allgemeine Verkehrsbedeutung", — eine Gattungsbedeutung höherer Art, die vielleicht mit anderen Verkehrsbedeutungen zusammen wieder eine noch allgemeinere Verkehrsbedeutung ergibt! („allgemeiner" ihrer sachlichen Anwendbarkeit nach, vielleicht auch „allgemeiner", d. h. innerhalb eines größeren Personenkreises geltend, Anwendung findend!). — Sämtliche „Bedeutungen" gehen ineinander auf, insofern sie einen einheitlichen Kern haben: sie sind von einander verschieden, insofern jede ihre eigenartige Nuancierung hat. — Erst die Abstraktion, welche die gemeinsamen Merkmale der verschiedenen Bedeutungen, in welchen das Wort allgemein angewandt zu werden pflegt, heraushebt, unter Hinweglassung, der individualisierenden Momente, schafft die „logische Bedeutung" (die als solche nicht „existiert"), den „Begriff" des Wortes, der in der Definition seinen sprachlichen Ausdruck findet.

den anderen für sich; und diesen letzteren Sinn hielt er für maßgebend nach den Grundsätzen des Verkehrs.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis: Da Pseudo-Joannes glaubt, die Worte: Joannes te desponsat enthielten nach der maßgebenden Verkehrsübung eine andere Bedeutung, als die war, in welcher das Weib mit seinem Wissen und Wollen die Worte auffaßte, so glaubte er sich einer reservatio mentalis von der Art zu bedienen, wie wir sie als Fall 3a der Mentalreservation im moraltheologischen Sinne darstellten; tatsächlich aber liegt eine reservatio mentalis nach Art unseres Falles 2 vor, also frei von jeder objektiv gegebenen Zweideutigkeit.

Das Interessante an dem Fall, so, wie er sich in unserer Auffassung darstellt, ist, daß Scheurl und die übrigen, von uns zitierten Schriftsteller, dabei Recht und Unrecht bekommen. Nach Scheurl ist das Charakteristische des Falls, daß eine Zweideutigkeit vorliege. Auch wir haben eine solche konstatiert; aber, während wir nur zugegeben haben, daß sie im Sinne des Redenden vorhanden war, haben wir ihre objektive Existenz geleugnet. Auch Kohlers[1]) Worte können wir uns aneignen, sofern er sagt: „Der falsche Name hindert nicht, daß der Mann sich selbst damit bezeichnet hat". Denn, obwohl wir behaupteten, daß dem Manne nichts ferner lag, als „sich selbst damit zu bezeichnen", so haben wir doch gerade das als maßgebende konventionelle Bedeutung seiner Worte erklärt, daß sie auf ihn als den Desponsierenden verweisen. Gegen Kohler und Scheurl haben wir somit zu bemerken, daß sie hier den Unterschied zwischen subjektiver und objektiver (konventioneller) Lautbedeutung nicht beachtet haben. Geradezu vollkommen stimmt mit uns Sehling überein, wenn er erklärt, im Gebrauche des falschen Namens liege eine Mentalreservation. Am wenigsten können wir mit Scheiff übereinstimmen! Schon seine Behauptung: „Der Betreffende hat in Wirklichkeit ausgedrückt, was er eigentlich will," fordert unsern Widerspruch heraus. Denn, was wollte Pseudo-Joannes „eigentlich?" Der Gesetzestext selbst sagt es: „cum haberet propositum copulam tantum exequendi carnalem". Will Scheiff wirklich behaupten, daß Pseudo-Joannes dieses propositum dem Weibe gegenüber erklärt habe? Es hieße, eine Nachlässigkeit der Ausdrucksweise zu sinnentstellender Interpretation ausnützen, wenn wir ihm eine solche Behauptung unterschieben wollten. Nach Scheiff gehört es zum Wesen der Mentalreservation, daß „zum Zwecke der Täuschung des Gegenüberstehenden etwas als gewollt erklärt wird, wofür der Wille wirklich nicht vorhanden ist". „Der wahre Wille" bleibe „bei der Mentalreservation rein innerlich, unerklärt". Der Erklärende sage etwa: „Ich will kaufen," und denke sich im Innern ein „nicht"

[1]) Vgl. Kohler, Jahrb. f. Dogm. d. R. 16, S. 95. — Pernice, Zeitschr. f. H. R. 25 S. 94 u. a.

hinzu. Somit wäre der „wahre Wille" im Sinne Scheiffs ausgedrückt durch die Worte: „Ich will nicht kaufen". Scheiffs „wahrer Wille" ist somit die Negation eines Willens, es ist kein Wille. Wenn nun Scheiff sagt, im vorliegenden Falle habe „der Betreffende in Wirklichkeit ausgedrückt, was er eigentlich will", so heißt das, richtig verstanden, „er habe überhaupt keinen Willen ausgedrückt!" Auch hier können wir, wie bei den übrigen Schriftstellern unsere Übereinstimmung konstatieren, sofern wir dabei an unseren ersten Fall der konventionell-konkreten Bedeutung der gesprochenen Worte denken, — auch insofern wir an die Auffassung des Redenden selbst über den Sinn seiner Worte uns halten, — nicht aber, wenn wir die wahre Verkehrsbedeutung des „Joannes te desponsat" gelten lassen. — Somit haben wir gegen Kohler, Scheurl und Scheiff den gleichen Einwand: Sie unterscheiden nicht zwischen der subjektiven und der objektiven Wortbedeutung.

Daneben fordern allerdings noch andere Behauptungen der von uns zitierten Schriftsteller zu Widerspruch heraus. So erscheint geradezu als falsch Scheiffs Behauptung: „Der Betreffende hat nichts in mente reserviert." So oft der Redende seinen Worten innerlich einen anderen Sinn beilegt, als der ist, in welchem er vom Hörenden die Worte aufgefaßt haben will, reserviert er doch eben diesen ersteren Sinn der Worte in mente.

Weitergehende Bedenken müssen wir Kohler gegenüber äußern. Man rechnet zwar allgemein Kohler zu denjenigen Schriftstellern, welche in c. 26 X. de sponsal. 4, 1 eine Mentalreservation nicht finden. Aus Kohlers Darstellung des Falles geht das aber nicht hervor. Denn, wenn er auch bestreitet, daß hier „eine Berücksichtigung der Mentalreservation" vorliege, oder daß der Papst „eine Mentalreservation übersehen habe, welche in der Tat vorlag", — so zeigt doch bereits das Beispiel Sehlings, daß man sehr wohl eine Berücksichtigung der Mentalreservation im vorliegenden Falle bestreiten, und gleichwohl ihr Vorhandensein zugeben kann. Kohler behauptet eigentlich nur, daß die auf die gültige desponsatio de futuro erfolgte copula carnalis nicht, wie sonst pro conjugio präsumieren lasse, da das ganze Verhalten des Mannes „nach allgemeiner Anschauung" einen „sicheren Ehewillen" nicht bekunde. Das Schwergewicht seiner Untersuchung liegt somit in der Frage, ob die durch die copula carnalis hier an sich begründete praesumptio pro conjugio Geltung habe oder nicht. Diese Frage ist aber ohne jegliche Bedeutung für die andere Frage: Ob beim Gebrauche der Worte „Joannes te desponsat" eine Mentalreservation vorliege oder nicht! Über diesen Punkt geht Kohler mit der Bemerkung hinweg: „Die desponsatio ist gültig trotz des falschen Namens, denn der falsche Name hindert nicht, daß der Mann sich selbst damit bezeichnet hat". Dieser Satz bestreitet weder das Vorhandensein einer Mentalreservation, noch gibt er es zu. Zu der Frage, ob hier Mentalreservation vorliege, äußert sich Kohler somit überhaupt

nicht! Und die Annahme einer Mentalreservation geht nicht gegen seine Ausführungen. Im Gegenteil! Kohler ist durch die Darstellung, die er von dem Falle gibt, geradezu zur Annahme einer Mentalreservation gezwungen. Dadurch werden Kohlers Ausführungen bedeutsam für unsere Untersuchung.

Kohler argumentiert: Die copula carnalis ist „eine stillschweigende Willenserklärung und die stillschweigende Willenserklärung ist aus dem ganzen Verhalten einer Person zu interpretieren"; das „ganze Gebahren" des Mannes schließe aber „nach allgemeiner Anschauung" aus, daß die copula carnalis hier „den Eheschließungswillen kundgebe". Da aber Kohler annimmt, daß die Frauensperson „mit dem Verführer sofort von der klandestinen desponsatio zur Geschlechtsgemeinschaft eilt", so muß das nämliche „Verhalten", das bei der copula carnalis gegeben war, auch schon zur Zeit der Erklärungsabgabe bestanden haben. Man sollte also meinen, daß „nach allgemeiner Anschauung" „das ganze Gebahren" des Mannes auch den in der Desponsationsformel scheinbar kundgegebenen Willen ausschließe! Aber, wird man sagen, hier liegt ja eine „ausdrückliche" und keine „stillschweigende" Willenserklärung vor; ein widersprechendes Gebahren kann hier nicht Beachtung finden! Kein willkommenerer Einwand als dieser! Im „ganzen Verhalten" des Mannes ist doch das Hervorstechendste eben die ausdrückliche Erklärung: „Joannes te desponsat". Wenn nun gegenüber dem sonstigen Gebahren des Pseudo-Joannes das durch diese ausdrückliche Willenserklärung begründete Vertrauen als „Unbesonnenheit bis zur Leichtfertigkeit" erscheint, — wenn die Verführungsabsicht so offen zutage liegt, daß trotz der ausdrücklichen desponsatio nicht pro conjugio präsumiert werden kann, — was heißt dann das anderes, als daß das ganze Verhalten „nach allgemeiner Anschauung" in einem so offensichtlichen Widerspruch zur Erklärung steht, daß das Weib, wenn es nicht so leichtfertig gewesen wäre, sofort auch bei der desponsatio den Mangel des erklärten Willens hätte erkennen müssen? Es wird also hier in Täuschungsabsicht etwas als gewollt erklärt, was in Wirklichkeit nicht gewollt ist, und der Erklärungsempfänger hätte den Mangel des erklärten Willens erkennen müssen! Das wäre also eine Mentalreservation, „wie sie im Buch steht", — nämlich eine Mentalreservation nach allgemeiner juristischer Auffassung!

Wir müssen jedoch noch einiges gegen Kohler vorbringen. Wir fragen: Welches sind denn eigentlich die Umstände im Verhalten des Pseudo-Joannes, aus denen Kohler seine Argumente gegen die praesumptio pro conjugio entnimmt? — Wir antworten: Es sind dies Umstände, die zum einen Teil auf freier Annahme Kohlers beruhen, zum andern Teil zur Zeit der Erklärungsabgabe dem Weibe und jedem dritten unbekannt sein mußten, und, soweit sie damals hätten beachtet werden können, nach der ganzen Sachlage zu Mißtrauen keinen genügenden Anlaß boten. Nach Kohlers Dar-

stellung mußte sich alles riesig rasch abgewickelt haben. Ein unbekannter Mann hätte das Mädchen zu überreden gesucht, sich ihm hinzugeben (Kohler betont den Umstand, daß das Mädchen „ihn nicht einmal dem Namen nach kennt!") Das Mädchen „will sich mit dem unbekannten Verführer sofort zur Ehe einlassen", sie begnügt sich mit einer „klandestinen desponsatio", und „eilt" sofort zur Geschlechtsgemeinschaft. Die Raschheit in der Aufeinanderfolge der Ereignisse ist ein Hauptargument Kohlers. Die päpstliche Entscheidung, die naturgemäß gerade das Typische des Falles hervorhebt, enthält aber absolut gar nichts, was Kohlers Anschauung stützen könnte! — Daß übrigens der Mann nicht Joannes hieß, konnte das Weib doch unmöglich wissen, als sie seine Erklärung empfing; er hatte sich einmal ihr gegenüber so genannt, und nun glaubte sie, daß er so heiße; daß sie getäuscht wurde, erfuhr sie viel später. Auch die Tatsache, daß der Mann „nur, um den Widerstand des Weibes zu überwinden, sich mit ihr verlobt" habe, mußte das Weib nicht notwendig erkennen. Schließlich wird sie seine Liebesbeteuerungen gerade deshalb als aufrichtig und ehrenhaft betrachtet haben, weil er sich ausdrücklich mit ihr verlobte! Überhaupt weist nichts darauf hin, daß zur Zeit der Erklärungsabgabe die Verführungsabsicht so klar zutage gelegen sei. Sicherlich hätte Pseudo-Joannes auf dieses ihm höchst günstige Argument sich gestützt! Auch der Umstand, daß die Erklärung formlos abgegeben wurde, ist doch sicherlich nicht so befremdend, — das klare und scheinbar unzweideutige Versprechen genügte! — War aber der Mangel des Ehewillens nicht „nach allgemeiner Anschauung" erkennbar, so fällt Kohlers ganze Beweisführung in sich zusammen.

Sehling steht insofern auf dem gleichen Standpunkte, wie Kohler, als auch er „begleitende Umstände" annimmt, welche „den wahren Willen erkennen zu lassen geeignet waren". Aber, auf das Vorhandensein dieser Umstände schließt er nicht, wie Kohler, auf Grund des aus der Entscheidung bekannten Verhaltens des Mannes, sondern nur, weil er sich sonst die päpstliche Entscheidung nicht erklären könnte. Dabei geht Sehling so weit, daß er sogar behauptet, das Weib habe den wahren Sachverhalt wirklich erkannt, — eine Annahme, die durch die klaren Worte: „cum quandam mulierem quidam aliter inducere nequivisset, ut sibi commisceretur carnaliter, nisi desponsasset eandem" ohne weiteres widerlegt wird; wie auch der Vermutung, daß der Papst begleitende Umstände annehme, welche den wahren Willen erkennen zu lassen geeignet waren, der Satz entgegensteht: „quod, qualiter tibi constiterit, non videmus". Bemerkenswert ist schließlich noch, daß Sehling mit uns im Gebrauche des falschen Namens eine Mentalreservation erblickt, kurz darauf aber die Mentalreservation mit der juristischen Literatur darin findet, daß etwas in Täuschungsabsicht als gewollt erklärt wurde, was in Wirklichkeit nicht gewollt ist, und demzufolge „keine einfache, ganz intern gebliebene Mentalreservation" annimmt.

Die Erkenntnis des mangelnden Willens und die Erkenntnis der Mentalreservation — in dem ersten, von Sehling gebrauchten Sinne — sind aber zwei ganz verschiedene Dinge. Die weitere Frage, ob eine Mentalreservation dadurch, daß der Gegner sie durchschaut, aufhört, Mentalreservation zu sein, und etwa, wie Sehling meint, zur Simulation werde, kann hier nicht beantwortet werden.

Wir kehren nunmehr zu Scheurl zurück. Scheurl stützt sich auch auf Gratians decr. c. 22. qu. 4. p. 3. Es ist kein Zweifel, daß hier Gratian jede Zweizüngigkeit verwirft, und insofern zu der späteren, moraltheologischen, Lehre im Widerspruch zu stehen scheint.

Als Resultat unserer Untersuchungen über Scheurls „ursprünglichen Begriff der Mentalreservation" möchten wir folgendes angeben: Scheurls ursprünglicher Begriff steht zu der jesuitischen Lehre in keinem Gegensatz, bildet vielmehr einen Teil der von der katholischen Moraltheologie behandelten Fälle der Mentalreservation; Scheurls ursprünglicher Begriff fällt unter Fall 4 und 3 unserer Darstellung der moraltheologischen Lehre. — Ferner: Begriff und Ausdruck „Mentalreservation" sind ursprünglich der Morallehre entnommen, und zur Bezeichnung von im kanonischen Recht enthaltenen Stellen verwendet worden. Der in c. 26 X. de sponsal. 1, 4 behandelte Fall enthält eine Mentalreservation nach Art unseres Falles 2, wurde jedoch von Pseudo-Joannes irrtümlich als Mentalreservation nach Art unseres Falles 3a aufgefaßt. Die Zweideutigkeit liegt in der Absicht des Redenden, objektiv ist sie nicht gegeben. Letzteres behauptet zu Unrecht Scheurl. Die Stelle aus Gratians Decretum endlich hätte Scheurl zu einem viel weiteren Begriff führen sollen, als dem von ihm aufgestellten. Zu einer Ergänzung oder Änderung unserer Darstellung des theologischen Begriffes der Mentalreservation geben Scheurls Ausführungen keinen Anlaß!

Zweiter Abschnitt.

Der Begriff der Mentalreservation in der juristischen Literatur.

Die theologische Lehre von der Mentalreservation wurde speziell durch Pasquals geistvoll-witzige, wenn auch nicht sachlich einwandfreie Polemik aus der wohlverdienten Verborgenheit ans helle Licht der Öffentlichkeit gezogen. Das Wort „Mentalreservation" wurde zum Schlagwort, der Begriff der Mentalreservation sank zum Vulgärbegriff herab, demzufolge jede Täuschung durch Worte eine reservatio mentalis ist, sobald sie mit einem gewissen Raffinement ausgeführt wird, mit dialektischer Kunst und sophistischer Berechnung. Verachtung und Ekel sind die charakteristischen Begleiterscheinungen dieser landläufigen Vorstellung. Ja, eben dieser gefühlsmäßige Eindruck, und nicht etwa ein sachlicher Gesichtspunkt bestimmt, ob im Falle einer absichtlichen Täuschung durch Worte von Mentalreservation oder von Lüge gesprochen wird.

Unverkennbar tritt der Einfluß dieser Vulgärvorstellung in der juristischen Literatur zutage; ja, selbst eine Erinnerung an die feinen Distinktionen der alten Theologen macht sich bemerklich, wie wir an Äußerungen verschiedener Schriftsteller zeigen werden. — Wir geben zuerst eine Übersicht der theoretischen Äußerungen über den Begriff der Mentalreservation, um erst dann die Kasuistik der Literatur zu besprechen.

Es fällt sofort auf, daß eine Reihe von Schriftstellern die sittliche Verwerflichkeit der Mentalreservation so energisch betont, obwohl doch eine genaue Prüfung vielfache Tatbestände ergibt, welche nach der herrschenden Auffassung als Mentalreservation erscheinen, ohne im geringsten unsere sittliche Entrüstung herauszufordern. Die „Unsittlichkeit" der Mentalreservation, die „Arglist", welche in einer Berufung auf sie zutage trete, hat man geradezu als Grund für ihre Unwirksamkeit bezeichnet. Glücklicherweise verliert das Argument allmählich an Zugkraft! So macht Pininski[1]) die durchaus zutreffende Bemerkung: „Die Überzeugung des Erklärenden, sein innerer Vorbehalt sei rechtlich erheblich, zeugt in einem höheren Maße von seiner Einfalt, als von seiner Unsittlichkeit. Enneccerus[2]),

[1]) Sachbesitzerwerb S. 397.
[2]) Rechtsgeschäft u. s. w. S. 98.

Matthiaß[1]) und Vogl[2]) geben sogar zu, daß die Mentalreservation auch auf wohlmeinender Absicht beruhen könne. Mit Recht bemerkt Eck, daß die Berufung auf ethische Gründe durch Kohler doch wohl endgültig widerlegt sei. — Wir müssen in dem Argument der „Arglist", des „dolus", der „Unsittlichkeit" den Ausdruck einer unkritischen moralischen Entrüstung erblicken, welche bereits dem Vulgärbegriff der Mentalreservation sein charakteristisches Gepräge verleiht.

Wie ferner dieser sich von dem Begriffe der Lüge durch kein greifbares Merkmal unterscheidet, so vermissen wir auch bei dem herrschenden, juristischen Begriff der Mentalreservation solche trennende Momente. Savignys ungenügende Formulierung[3]), Mentalreservation liege dann vor, „wenn derjenige, welcher etwas als seinen Willen erklärt, heimlich den entgegengesetzten Willen hat", — beherrschte die Literatur des gemeinen Rechtes so sehr, daß Scheurl[4]) diese Begriffsbestimmung als „allgemein angenommen" bezeichnen konnte. Die Vorstellung von der Mentalreservation als einem bewußten Nichtwollen des Erklärten war auch maßgebend bei Abfassung des § 116 B.G.B. In § 95 des ersten Entwurfes kam sie zu prägnantem Ausdruck: „Ist der Urheber einer Willenserklärung, bei welcher der wirkliche Wille mit dem erklärten Willen nicht übereinstimmt, des Mangels der Übereinstimmung sich bewußt", — so liegt hiernach Mentalreservation vor. Die Beachtung sämtlicher, auch der nicht veröffentlichten Vorarbeiten zum B.G.B. läßt nicht bezweifeln, daß die beteiligten Faktoren an keine sachliche Änderung des Tatbestandes des § 95 des Entwurfes I dachten, als sie ihm schließlich folgende Formulierung gaben: „Eine Willenserklärung ist gültig, auch wenn der Erklärende sich insgeheim vorbehalten hat, das Erklärte nicht zu wollen." Dem entspricht wörtlich — mit einer geringen Abänderung — der § 112 der Bundesratsvorlage und der Reichstagsvorlage, sowie der § 116 des Gesetzes selbst. Es steht demnach außer allem Zweifel, daß der Bestimmung des Gesetzes die theoretische Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde lag, im Falle des geheimen Vorbehaltes, das Erklärte nicht zu wollen, bestehe eine bewußte Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung. Diese Auffassung über die psychologische Konstruktion des Falles ist jedoch keine dem Gesetze inhärente, so daß derjenige gegen den Sinn des Gesetzes verstoßen würde, welcher den psychischen Tatbestand des geheimen Vorbehaltes, das Erklärte nicht zu wollen, anders darstellte! — Der eben gekennzeichneten, in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Auffassung von dem Tatbestande des § 116 pflichtet unwidersprochen die Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuche bei. So be-

[1]) Lehrbuch S. 209.
[2]) Mentalr. und Sim. S. 16.
[3]) Savigny, Syst. 3 S. 258, 259.
[4]) Eherecht S. 124, 125.

zeichnet Hellmann[1]) die Mentalreservation als „Erklärung eines nicht vorhandenen Willens". Isay[2]) äußert sich folgendermaßen: „Daß ein in dem Verhalten des Erklärenden nicht zum Ausdruck gelangtes Nichtwollen dessen, was die Erklärung als gewollt erschließen läßt, ohne rechtliche Bedeutung ist, geht auch aus § 116 hervor, der den Fall der Mentalreservation behandelt." Kurz und klar bezeichnet Matthiaß[3]) als Tatbestand der Mentalreservation: „Wollen der Erklärungshandlung, Nichtwollen des Inhalts derselben, aber Wollen, daß das Erklärte als gewollt betrachtet werde." — Die ganze Literatur beherrscht der Grundsatz: Mentalreservation ist bewußtes Nichtwollen des Erklärten.

Dieser Tatbestand ist identisch mit dem der Lüge. Wenn ich, — um ein nichtjuristisches Beispiel anzuwenden, — von einem Freunde gefragt werde, was ich heute Nachmittag tun wolle, und darauf antworte: „Ich werde spazieren gehen," obwohl ich die Absicht habe, zu Hause zu bleiben, so habe ich nach allgemeinem Sprachgebrauch „gelogen," nach Savigny, Hellmann, Isay, Matthiaß, überhaupt nach dem Sprachgebrauch der Jurisprudenz, habe ich Mentalreservation angewandt! Würde die Jurisprudenz mit Bewußtsein einen Tatbestand, der im gewöhnlichen Leben als Lüge erscheint, mit dem immerhin seltenen und ungebräuchlichen Ausdruck „Mentalreservation" belegt haben, so könnte man ihr nur den Vorwurf machen, daß sie unnötigerweise an Stelle eines leichtverständlichen Wortes einen mißverständlichen Terminus gesetzt habe. Es läßt sich jedoch der Eindruck nicht verwischen, daß bei Anwendung des Ausdrucks „Mentalreservation" die Vorstellung eines ganz eigenartigen, keineswegs ohne weiteres als „Lüge" zu bezeichnenden Tatbestandes vorgeschwebt habe, eine Vorstellung, die sich im Laufe der Zeit allerdings niemals zu voller Klarheit durchgerungen hat. Es ist dies der zweite Berührungspunkt des juristischen Begriffes mit der landläufigen Vorstellung von der Mentalreservation.

Unsere Annahme wird nicht widerlegt durch die Tatsache, daß Windscheid[4]), Pernice[5]), Crome[6]) u. a. die Mentalreservation mit dem Prädikate „Lüge" belegen. Denn wir glauben, behaupten zu dürfen, daß die genannten Schriftsteller Lüge und Mentalreservation nicht begrifflich, sondern nur hinsichtlich ihrer moralischen Wertung in eins setzen. Wohl aber finden wir die kräftigste Bestätigung unserer Ansicht in der Tatsache, daß namhafte Vertreter der herrschenden Anschauung Fälle von Mentalreservation kennen und als solche bezeichnen, die nicht nur an den

---

[1]) Gutachten S. 498.
[2]) Willenserklärung S. 17.
[3]) Lehrbuch S. 209.
[4]) Wille und Willenserklärung S. 29.
[5]) Zeitschr. f. H. R. 25, S. 94.
[6]) Seite 414.

Vulgärbegriff, sondern geradezu an die alte theologische Lehre von der Mentalreservation erinnern. Insbesondere hat Scheurl[1]) den, allerdings vergeblichen Versuch gemacht, die alte theologische Auffassung von der Mentalreservation in der Jurisprudenz zu Ehren zu bringen. Wir haben zu Scheurls Ausführungen bereits Stellung genommen. Neuerdings tritt Danz[2]) auf mit einem Begriff der Mentalreservation, der sich durchaus mit Scheurls Begriff deckt. Nach ihm ist eine Mentalreservation, wie sie „toto die" vorkommt, dann gegeben, wenn „eine Partei zweifelhafte Worte beim Vertragsschluß wählt, in der Hoffnung, dadurch die andere Partei, weil diese das Wort in der ihr günstigen Bedeutung auffaßt, zum Abschlusse des Vertrags zu vermögen, aber mit der inneren — wohlweislich verschwiegenen — Absicht, dann im Falle des Streites oder des Verlangens der Leistung die ihr günstige Bedeutung des Wortes anzurufen, um sich von der übernommenen Leistung zu befreien, oder sonst einen Vorteil zu erlangen, wie ihn die andere Partei nicht zubilligen wollte." Eine Mentalreservation dieser Art wird im gewöhnlichen Leben nie als Lüge bezeichnet werden. Sie ist vielmehr identisch mit der theologischen aequivocatio, die wir als Fall 4 der Mentalreservation im Sinne der Moralisten aufgestellt haben. Es ist jedoch zu beachten, daß Danz von dieser Art der Mentalreservation die Mentalreservation im engeren juristischen Sinne unterscheidet[3]), und, während er erstere dem § 157 B.G.B. unterstellt, letztere durch den § 116 B.G.B. geregelt erachtet. Durch diese Scheidung sieht sich Danz jedoch gezwungen, das Vernichtungsurteil über den vermeintlichen Begriff auszusprechen: „Eine Mentalreservation in der Weise, daß die Partei bei einer Erklärung von ganz zweifelloser Bedeutung . . . die innere Absicht hege, die Erklärung solle keine rechtliche Wirkung haben, kommt im Leben wohl nie vor." Der § 116, so wie Danz ihn auffaßt, entbehrt demnach nach des Schriftstellers eigener Behauptung jeglicher praktischer Bedeutung! Auch Regelsberger[4]) kennt eine reservatio mentalis im Sinne der aequivocatio: „Im Recht," so schreibt er, „hat der Satz noch keine Anerkennung gefunden, daß die Worte da seien, um die Gedanken zu verbergen. In Vertragsverhältnissen muß jeder als Inhalt seiner Erklärung den Sinn gelten lassen, zu dessen Annahme er den anderen Teil absichtlich veranlaßt hat." Mit diesen Sätzen ist der charakteristische Unterschied von Lüge und Mentalreservation getroffen: der Erklärende behauptet, daß seine Erklärung einen anderen Sinn habe, als der Empfänger meint und stützt sich auf diesen nach seiner Auffassung maßgebenden angeblichen Sinn, um sich an die Erklärung nicht halten zu müssen.

---

[1]) Arch. f. ziv. Pr. 78, S. 342 ff.
[2]) Auslegung S. 139, 140.
[3]) Danz, Auslegung S. 140.
[4]) Zivilr. Erört. S. 18.

Konnten wir bei Scheurl, Danz und Regelsberger einen Einfluß der theologischen Lehre von der Mentalreservation im Sinne der aequivocatio beobachten, so müssen wir von Scheiff und Kohler sagen, daß sie den gewagtesten Begriff der Moralisten, die restrictio pure mentalis, — genauer den Fall 2 unserer Abhandlung über die moraltheologische Lehre — in die Jurisprudenz eingeführt, ja, denselben geradezu auf die Spitze getrieben haben. Scheiffs eigene Worte[1]) sind: Der Mentalreservation ist eigentümlich die Erregung der Täuschung dadurch, daß der die Täuschung Intendierende nicht alles sagt, was er will, etwas in mente reserviert, womit er der äußerlich erschienenen Erklärung ihre Wirksamkeit zu entziehen gedenkt. Er sagt: ich will kaufen und denkt im Innern ein „nicht" hinzu. Und Kohler[2]) schreibt wörtlich: „Das Wesen der Mentalreservation besteht darin, daß eine Partei eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt, aber dabei in ihren Gedanken das Gegenteil statuiert, daß sie jedoch diesen gegenteiligen Gedanken entweder gar nicht ausspricht, oder ihn wenigstens nicht innerhalb des Rechtsgeschäftes, sondern außerhalb desselben zum Ausdruck bringt" ... „Der ganze Gedanke des Sprechenden ist ein Nicht-a, der Sprechende aber spricht das a aus und behält das ‚nicht' bei sich." Nach Scheiff und Kohler gehört somit zum Tatbestand der Mentalreservation nicht bloß das Bewußtsein, daß etwas anderes gewollt, und etwas anderes erklärt sei, sondern sie fordern auch, daß der Erklärende den Inhalt seiner Erklärung, wenn auch bloß innerlich, so doch in formuliertem Denkakte negiere. Indem die beiden Schriftsteller die Einfügung dieser — wenn man so sagen darf — „ausdrücklichen" gedanklichen Negation als charakteristisches Tatbestandsmoment der Mentalreservation aufstellen, bringen auch sie eine Unterscheidung zwischen diesem Fall und dem Fall der Lüge — allerdings eine Unterscheidung, die an Spitzfindigkeit den theologischen Distinktionen ebenbürtig zur Seite steht! Sage ich nämlich: „Ich kaufe," obwohl ich nicht im entferntesten die Absicht habe, zu kaufen, so habe ich nach allgemeinem Sprachgebrauch gelogen, — sage ich aber: „Ich kaufe," und denke mir im Innern ein „nicht" hinzu, so habe ich nach Scheiff und Kohler eine Mentalreservation angewandt! Der unbewußte Einfluß alter Begriffe in landläufiger Auffassung läßt sich hier nicht abstreiten.

Wir haben jetzt bereits drei Begriffe der Mentalreservation; im einen Fall ist sie eigentlich nur Lüge, ein andermal aequivocatio, bei zwei Schriftstellern sogar eine restrictio late mentalis im Sinne der Theologen. Allgemeine Anerkennung genießt nur der erste Begriff, also die Vorstellung von der Mentalreservation als einem bewußten Nichtwollen des Erklärten. Sieht man jedoch genauer zu, was die einzelnen Schriftsteller unter diesen Worten verstehen, so zeigen

---

[1]) Divergenz S. 27.
[2]) Jahrb. f. Dogm. d. R. 28, S. 171, 172.

sich neue tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten. Die Ursache dieser Uneinigkeit sei hier nur kurz angedeutet! Die Literatur subsumiert die Mentalreservation mit Vorliebe unter die Fälle der sog. „absichtlichen Divergenz von wirklichem und erklärtem Willen." Man kann hierauf mit einer Reihe von Fragen erwidern. Ist der wirkliche Wille nur die Negation des tatsächlichen Wollens? Ist er identisch mit dem positiven Wollen des Nichtwirklichwerdens dessen, was als gewollt erklärt ist? Ist er identisch mit dem positiven Wollen des Eintrittes von etwas anderem, als dem, was als gewollt erklärt ist? Dann: Was ist „erklärter Wille?" Welches ist die formelle Bestimmung des „Erklärten", d. h. welche Bedingungen müssen gegeben sein, damit man sagen kann, ein Wille sei „erklärt"? Welches ist die materielle Bestimmung des „Erklärten", d. h. welches ist der volle Inhalt des Erklärten? Endlich: Ist das Erklärte, der Inhalt der Erklärung, nach der subjektiven Auffassung des Redenden, oder nach objektiven Gesichtspunkten festzustellen? Die große Unsicherheit, welche zugegebenermaßen bezüglich dieser Fragen besteht, mußte selbstverständlich auch die Behandlung der Mentalreservation nachteilig beeinflussen.

Die einschlägigen Literaturäußerungen lassen sich in 4 Gruppen teilen. Windscheid[1]) findet das Wesentliche der Mentalreservation darin, daß die Hervorbringung der in der Erklärung bezeichneten rechtlichen Wirkungen nicht gewollt sei. Pininski[2]) gibt an: es scheine ihm „das Wesen der Mentalreservation die innere Absicht zu involvieren, die Erklärung nicht als wirksam gelten zu lassen." Nach Danz[3]) ist im Falle der Mentalreservation ein innerer Wille vorhanden, gerichtet darauf, daß keine Rechtswirkung eintrete. Gareis[4]) spricht ganz allgemein von „Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen" und nennt dies den „Vorbehalt"; kurz darauf erwähnt er einen Vorbehalt, sich „nicht binden" zu wollen, — schränkt also den erklärten Willen auf den „Willen zur Gebundenheit" ein. Bald nachher stellt Gareis dem Vorbehalt im letzteren Sinne den Mangel der Ernstlichkeit als etwas davon Verschiedenes gegenüber, um bei Kommentierung des § 118 B.G.B. unter letzteren Begriff den ersteren zu subsumieren! An dieser Stelle kommt Gareis zu erneuter Behandlung des § 116. Nunmehr ist der Tatbestand des Paragraphen so formuliert: „Die Willenserklärung ist nicht ernstlich gemeint, d. h. die durch den Inhalt der Erklärung angedeutete Rechtsfolge ist nicht wirklich gewollt. „Der Grund" der Divergenz „liegt in der bewußten Absicht des Erklärenden," und „diese bewußte Absicht der Diskrepanz ist nur darauf gerichtet, rechtlich gerade das nicht zu wollen, was erklärt ist." „Die hier in-

---

[1]) Wille und Willenserklärung S. 28.
[2]) Sachbesitzerwerb S. 401.
[3]) Auslegung S. 140.
[4]) Kommentar S. 133.

tereſſierende Willensrichtung liegt hier rein auf dem Rechtsgebiet und ſtellt ſich nur als ein negatives dar." Dieſe Äußerungen Gareis' dürften berechtigen, ihn zu denjenigen zu zählen, welche den Mangel des Rechtsfolgewillens als das Charakteriſtiſche der Mentalreſervation auffaſſen. Stellen die genannten Schriftſteller dem „erklärten Willen" ein Wollen entgegen, das auf den Nichteintritt der Rechtsfolgen gerichtet iſt, ſo ſprechen die zur zweiten Gruppe gehörenden Autoren nur von dem Ausſchluß des „Verpflichtungswillens". Wir können ſie inſofern noch zur erſten Gruppe rechnen, als ſie ſich von dieſer mehr in den Worten als in dem tatſächlich Gemeinten unterſcheiden. So erklärt Regelsberger[1]) als das Weſentliche „den Mangel der Verpflichtungsabſicht". Auch Kohler[2]) ſpricht gelegentlich davon, daß der Mentalreſervant „bloß Worte machen", aber „keine Verpflichtung übernehmen" wolle. Sehr deutlich drückt ſich Scheurl[3]) aus: „Wirklich entgegengeſetzt iſt dem bei dem Verſprechen einer Leiſtung erklärten Willen" nicht der Wille, „das Verſprechen nicht zu halten", ſondern „nur der Wille, dem Empfänger des Verſprechens keinen Anſpruch auf die Leiſtung einzuräumen." Auch Hölder[4]) gehört hierher, ſofern er behauptet: „Als den erklärten Willen denkt man hier denjenigen der Vornahme, als den wirklichen Willen denjenigen der Unterlaſſung der verſprochenen Handlung. Mag aber der Wortlaut des Verſprechens dahin gehen, man werde das Verſprochene tun, ſo iſt doch der Sinn des Verſprechens die Übernahme einer Verpflichtung zur verſprochenen Handlung oder ihre Erklärung zu einer ſolchen, welche, ſoweit ihre Vornahme dem Verſprechenden möglich iſt, nicht ohne ein von ihm begangenes Unrecht unterbleiben kann." Um ſo bemerkenswerter iſt nach dieſen Worten, daß Hölder[5]) in ſeinem Kommentar zum B.G.B. den von ihm am Entwurfe bekämpften Standpunkt dem Geſetze entnehmen zu müſſen glaubt. Der Tatbeſtand des § 116 iſt nämlich nach Hölder gegeben, wenn der Erklärende „entſchloſſen iſt, ein Verſprechen, das er mir abgeben ſoll, nicht zu halten"; der § 116 erfordere alſo nicht den Mangel des Rechtsfolgewillens, ſondern nur den Mangel des Ausführungswillens! Der gleichen Anſchauung iſt Leonhard[6]) Seine Darſtellung erweckt überdies noch unſer ſpezielles Intereſſe; denn ſie bietet ein typiſches Beiſpiel der von uns bekämpften Art der Interpretation. Zuerſt ſtellt Leonhard einen Begriff der Mentalreſervation auf: „Mentalreſervation iſt der verborgene Vorſatz, einen erklärten Geſchäftsinhalt, inſoweit er läſtig erſcheint, nicht auszuführen." Dann legt Leonhard dem § 116 dieſen Tatbeſtand unter, indem er unmittelbar fortfährt: „Das Bürgerliche Geſetzbuch

[1]) Pandekten I, S. 516.
[2]) Jahrb. f. Dogm. d. R. 16, S. 95.
[3]) Arch. f. ziv. Pr. 78, S. 343, 344.
[4]) Arch. f. ziv. Pr. 73, S. 93.
[5]) Kommentar ad § 116.
[6]) Allg. T. d. B.G.B. S. 467, 468.

bezeichnet sie als geheimen Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen." Nun sieht aber Leonhard, daß der „erklärte Wille" umfassender ist als der „Ausführungswille"; er muß also entweder seine Anschauung ändern, oder die Fassung des Gesetzes rügen: — er tut Letzteres! Mit den Worten: „Es ist das nicht genau!" zwängt Leonhard den gesetzlichen Tatbestand in das Prokrustesbett aprioristischer Vorstellungen! Leonhard und Hölder sind neben Dernburg die hervorragendsten Vertreter der praktisch hochbedeutsamen Meinung, dem Falle der Mentalreservation sei der Mangel des Ausführungswillens, im Gegensatze zum Rechtsfolgewillen, eigentümlich. Eine vierte Gruppe spricht entweder überhaupt nur von Nichtwollen des Erklärten, wie Savigny[1]), Eisele[2]), Crome[3]), Dernburg[4]), Cosack[5]), Isay[6]), — oder spricht sich nur negativ aus, wie Hellmann[7]), demzufolge „die Mentalreservation nicht die Erklärung eines wirklichen Willens, mit der Absicht, demnächst pflichtwidrig zu handeln, sondern Erklärung eines nicht vorhandenen Willens" ist. Hierher gehört auch Riezler[8]): „Der Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, ist der Sache nach verschieden von dem Vorbehalte, für die Folgen der Willenserklärung nicht einstehen zu wollen, also von dem Falle, in welchem jemand schon bei Abgabe der Erklärung entschlossen ist, die für ihn aus der Willenserklärung entstehenden rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten nicht erfüllen zu wollen."

Wir finden also zum mindesten einen dreifachen Standpunkt bezüglich des „Erklärten" vertreten: Die einen sprechen von Mangel des Rechtsfolge- oder Verpflichtungswillens, die anderen von Mangel des Verwirklichungswillens, die dritten enthalten sich einer näheren Charakterisierung des mangelnden Willens, oder begnügen sich mit der Feststellung, daß zwischen dem Mangel des bloßen Rechtsfolgewillens und dem Mangel des bloßen Ausführungswillens ein Unterschied bestehe.

Neuen Schwankungen in der Begriffsbestimmung der Mentalreservation begegnen wir, wenn wir die Literatur hinsichtlich eines weiteren, allgemein erforderten Tatbestandsmomentes durchsuchen. Das Bürgerliche Gesetzbuch drückt dasselbe durch das Wörtchen „insgeheim" aus. In der Literatur sprechen die einen von „täuschen", die anderen von „verhehlen". Es werden sämtliche überhaupt mögliche Anschauungen vertreten. a) „Täuschen" und „verhehlen" werden identifiziert; b) „täuschen" und „verhehlen" werden unter-

---

[1]) Savigny, Syst. III, S. 258, 259.
[2]) Jahrb. f. Dogm. d. R. 25, S. 436.
[3]) System S. 414.
[4]) Pandekten S. 229.
[5]) Lehrb. d. bürgerl. R. S. 215 mit 218.
[6]) Willenserklärung S. 17.
[7]) Gutachten S. 497, 498.
[8]) Riezler in Staudingers Kommentar S. 287.

schieden; und zwar α) Täuschungsabsicht, β) Verheimlichungsabsicht, γ) gelungene Täuschung, δ) gelungene Verheimlichung verlangt. Weitere Modifikationen ergeben sich je nach der Bestimmung der Personen, denen gegenüber der Vorbehalt „insgeheim" sein müsse. Leider spricht sich die Mehrzahl der Schriftsteller nicht so bestimmt aus, daß wir sie mit Sicherheit unter die Vertreter einer der genannten Anschauungen einreihen könnten. Mehr zur Illustration unserer Behauptung, als um dieselbe zu beweisen, möchten wir einige der bekanntesten Autoren herausgreifen. Hölder[1]) trat dem Entwurf I mit folgender Begriffsbestimmung entgegen: „Ein vom anderen gekannter Mangel ist nicht ein dem Urheber verhehlter; denn ein solcher ist nur der wirklich oder mit Erfolg verhehlte, und nicht ein solcher, welchen zu verhehlen der Urheber nur versucht hat." Ob der von Hölder vermißte Begriff dem Entwurfe als solchem nicht doch zugrunde liegt, ist fraglich. Ein Vergleich der Sätze: a) ... „so ist die Willenserklärung gültig, sofern der Urheber den Mangel verhehlt hat," und b) „die Willenserklärung ist nichtig, wenn der Empfänger derselben den Mangel gekannt hat," — möchte vielleicht doch zu der Anschauung führen, daß nach dem Entwurf der Tatbestand des Verhehlens dann nicht mehr gegeben sei, wenn der Willensmangel von dem Erklärungsempfänger entdeckt ist; es würde dann der Satz b) die bloße Negation des im Satze a) bezeichneten Tatbestandes sein. Wie dem auch sei, für uns genügt die Tatsache, daß bereits zwei Begriffe des Verhehlens in Frage sind. Zitelmann[2]) stellt denselben einen dritten zur Seite. Nach ihm ist der Satz: „... sofern der Urheber den Mangel verhehlt hat," in § 95 Gegensatz zu, „hat der Urheber ... zu täuschen nicht beabsichtigt," in § 97." Zitelmann identifiziert also „verhehlen" mit „täuschen" und bezeichnet die „Absicht" als das Wesen der Verheimlichung. Eine bemerkenswerte Äußerung Eiseles möchten wir hier zum Vergleiche anführen. Eisele[3]) verlangt zunächst: „Fehlen eines entsprechenden Willens," ferner: Bewußtsein des Erklärenden, „daß der Empfänger der Erklärung das Vorhandensein dieses Willens annehmen müsse." Dann fährt Eisele fort: „Daß der Erklärende sich noch besonders um die Erregung dieses Irrtums bemüht habe, wird zum Begriffe der Mentalreservation nicht erfordert." Die Absicht des Mentalreservanten braucht also nach Eisele nur auf Verdeckung des „Willensmangels" gerichtet zu sein, — also auf ein bloßes „Verhehlen", „Verheimlichen". Der aus dem eigenen Verhalten des Mentalreservanten resultierende Irrtum des Erklärungsempfängers ist zwar vorausgesehen, aber er ist nur zugelassen (d. h.

---

[1]) Hölder, Arch. f. ziv. Pr. 73, S. 93.

[2]) Rechtsg. i. Entw. II. T. ad §§ 95 bis 99 — Beachte jedoch auch: „Aber diese Absicht des Erklärenden ist nicht das allein Entscheidende; es kommt auch auf den Erfolg an."

[3]) Jahrb. f. Dogm. d. R. 25, S. 436.

nicht verhindert) nicht aber „bezweckt". So haben auch schon die alten Moralisten gesprochen, nur daß sie der Unterscheidung einen moralisierenden Charakter gaben. Auch den Moralisten ist der eigentliche Zweck der Mentalreservation die Verdeckung der Wahrheit, nicht die Täuschung des anderen. Letztere ist vom Mentalreservanten nur „zugelassen", erstere direkt „bezweckt". Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht nicht mehr von einem „verhehlten" Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten, sondern von einem „insgeheimen Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen". Im Anschluß hieran regelt es den Fall, daß die Erklärung „einem anderen gegenüber abzugeben ist, und dieser den Vorbehalt kennt." Es entsteht die Frage, ob der Vorbehalt auch dann noch „insgeheim" ist, wenn der Erklärungsempfänger ihn kennt, eventuell, ob im letzteren Fall von Mentalreservation noch gesprochen werden kann? Riezler[1]) steht auf folgendem Standpunkt: „Insgeheim ist der Vorbehalt nicht nur dann, wenn er überhaupt nicht erklärt wird, sondern auch dann, wenn er nur einem am Geschäft Nichtbeteiligten erklärt wird." Es gibt nun allerdings nicht leicht ein mißverständlicheres Wort, als das Wort „erklären". Man kann unterscheiden zwischen erklären, mitteilen, äußern, man kann die ersten beiden, man kann alle drei als „erklären" zusammenfassen, man kann schließlich noch das ganze Verhalten, überhaupt die begleitenden Umstände mit hereinbeziehen: für jede Behauptung fände man Belege in der Literatur. Die Folgerung, die man aus Riezlers Worten ziehen könnte: Nicht insgeheim ist der Vorbehalt, wenn er einem am Geschäft Beteiligten erklärt wird, — ist deshalb ebenso vieldeutig, wie das Wort „erklären". Riezler beruft sich auf Hölder. Dieser[2]) führt aus: „Insgeheim ist jeder mit einer Erklärung verbundene Vorbehalt getroffen, wenn er nicht derjenigen Person gegenüber erklärt ist, der gegenüber die Erklärung vollzogen wurde." Es scheint zwischen Riezler und Hölder tatsächlich kein Unterschied zu bestehen. Von der Frage, ob die am Geschäft Beteiligten unter allen Umständen mit dem Adressaten der Erklärung sich völlig decken, sei hier abgesehen. — Auf Hölder bezieht sich auch Gareis — mit geringem Glück wie es scheint! Gareis[3]) behauptet, daß der Vorbehalt, d. h.: „der Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen" „nicht mehr bloß insgeheim" bestehe, wenn „der Willenserklärung ein Empfänger gegenübersteht und dieser den Vorbehalt kennt." Nach Gareis schließt also jegliches, gleichviel auf welche Weise erworbenes, Wissen des Erklärungsempfängers die Heimlichkeit aus. Mit dieser Stelle gerät Gareis durch den Hinweis auf Hölder nur dann in keinen Widerspruch, wenn er den Vorbehalt als dem Erklärungsempfänger „erklärt" auch

[1]) Staudingers Kommentar S. 287.
[2]) Kommentar ad § 116.
[3]) Kommentar S. 133.

dann auffaßt, wenn der Empfänger durch Vermittlung einer nur an einen Dritten gerichteten, oder ohne Beziehung auf Dritte erfolgten Äußerung des Vorbehalts, oder aus irgendwelchen Anzeichen vom Vorbehalte Kenntnis erlangt. Eine sehr weit gehende formelle Bestimmung des Erklärten! Allerdings geht Gareis damit wohl nur so weit, daß er neben die Erklärung des Willens die weitere Erklärung des Nichtwollens stellt. Somit ist Gareis immer noch berechtigt, im Falle des erkannten Vorbehaltes von erkannter Divergenz, d. h. von erkannter Mentalreservation zu sprechen. Anders Danz[1]). Nach ihm „muß" im Falle des erkannten Vorbehaltes „unbedingt die innere Absicht geäußert sein"; sie „kann also nicht geheim geblieben sein, da sie sonst der andere Teil nicht hätte bemerken können. Wenn die innere Absicht nicht ausdrücklich geäußert ist, so wird sie sich eben aus den Umständen ergeben, die ja stets die Bedeutung der Willenserklärung mit bestimmen." Somit ergibt nach Danz im Falle des erkannten Vorbehaltes die durch die Umstände mit bestimmte Bedeutung der Willenserklärung ein Bild des wahren Sachverhaltes: eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung besteht überhaupt nicht! Danz hat deshalb auch kein Recht, hier von Mentalreservation zu sprechen. Er selbst gibt dies auch zu: „Man kann meines Erachtens die durch den Schlußsatz (gemeint ist § 116, Satz 2 B.G.B.) getroffenen Fälle nicht zur Mentalreservation rechnen." Den von Danz vertretenen Standpunkt hat übrigens Zitelmann[2]) bereits gegenüber dem Entwurfe eingenommen. Derselbe bedauert, daß der Entwurf „eine Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung bei jeder nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung" annehme, „auch wenn durchaus kein Anschein, daß die Willenserklärung ernstlich gemeint sei, vorhanden ist, der Mangel der Ernstlichkeit vielmehr jedem Dritten unmittelbar klar sein mußte." Auch Zitelmann ist also der Ansicht, in solchem Falle widersprächen sich Wille und Erklärung nicht, sondern sie stimmten überein. Der Mangel an einer allgemein anerkannten Bestimmung des „Erklärten" macht sich somit bei der Interpretation des „insgeheimen Vorbehaltes" unangenehm bemerklich! Die enge Verknüpfung der Mentalreservation mit den wichtigsten Problemen der Willenserklärung tritt klar zutage!

Wenn irgendwo, so ist hier der Ort, auf die durchaus vereinzelt gebliebenen Behauptungen Kohlers[3]) und Scheurls[4]) über die psychologische Konstruktion der Mentalreservation einzugehen.

---

[1]) Auslegung S. 140.

[2]) l. cit.

[3]) Vgl. Kohler, Jahrb. f. Dogm. d. R. 16, Abh. II und VII, — 28, Abh. IV. — Krit. V.J.Schr. 21, S. 494 und 495. — Hierzu Zitelmann, Jahrb. 16 S. 357ff. — Windscheid, Wille und Willenserklärung. — Thon, Rechtsnorm und subj. Recht S. 354ff.

[4]) Vgl. Scheurl Eherecht S. 124—127; Arch. f. ziv. Pr. 78 S. 342ff. — Auf Scheurl bezieht sich auch Forrer S. 91, Anm. 1.

Während Scheurls Abhandlung verhältnismäßig unbeachtet blieb, hat Kohler sofort das regste Interesse gefunden. Windscheid, Thon, Zitelmann traten gegen ihn auf und selbst heute noch wird seine Ansicht erwähnt und besprochen. Kohler findet „eine Unlogik in der Behauptung desjenigen Kontrahenten, der sich auf die Mentalreservation stützt.“ Die Unlogik soll darin liegen, daß der Mentalreservant behauptet, er habe den Geisteseffekt erzeugen, aber keinen Rechtsakt vollziehen wollen, während er doch das eine — wie Kohler meint — nicht wollen könne, ohne damit das andere zu wollen: denn beide seien ein und dasselbe. Der Mentalreservant spreche also unlogisch, weil er ein und dasselbe zugebe und nicht zugebe, weil er „ja“ und „nein“ zugleich sage. Dies bringt Kohler in dem Vergleiche zum Ausdruck: „Daß der Wille agiert und nicht agiert, ist schlechterdings unmöglich, ebenso unmöglich, als es unmöglich ist, daß der Mörder zugleich seinen Streich führt und zugleich nicht führt.“ Den Geisteseffekt wollen, und zugleich den Rechtsakt nicht wollen, ist also nach Kohler unmöglich: eine Mentalreservation in diesem Sinne kann es nicht geben. Wohl aber ist es möglich, daß der Erklärende sich darauf beruft, er habe zwar den Geisteseffekt, aber nicht den Rechtsakt gewollt. Nach Kohler stützt sich somit der Mentalreservant auf etwas psychisch Unmögliches, — und deshalb stellt Kohler die Behauptung des Mentalreservanten als etwas logisch Widersprechendes hin! Wenn es aber psychisch unmöglich ist, den Geisteseffekt zu wollen, den Rechtsakt aber nicht zu wollen, so sind diejenigen Juristen, welche in diesem gleichzeitigen Wollen und Nichtwollen das Wesen der Mentalreservation erblicken, einem Phantom, einem Nichts, einem gedanklichen Unding nachgegangen! Ist dieser Vorwurf nur die letzte — von Kohler selbst sogar abgelehnte — Konsequenz der Argumentation Kohlers, so finden wir denselben bei Scheurl in klaren Worten ausgesprochen: „Ich kann es nicht anders ansehen,“ so schreibt Scheurl, „als daß die Mentalreservation, wenn sie Festhalten eines Willens sein soll, der dem, welcher einen anderen wissentlich und willentlich erklärt ist, gerade entgegengesetzt wäre, eine psychologische Unmöglichkeit ist.“ Und an einer anderen Stelle sagt er: „Der jetzt angenommene Begriff der Mentalreservation scheint mir ein durchaus unhaltbarer zu sein, d. h. ein solcher, welcher ein in der Tat unmögliches Verhalten als möglich setzt und sonach statt eines wahren Begriffes ein bloßes Phantasiegebilde ist.“ Zu solch hartem Urteil gelangt Scheurl, weil er von der gleichen Ansicht ausgeht, wie Kohler. Dies zeigt sich an Scheurls Beispiel von dem Eheversprechen, insbesondere aber an seiner Behauptung: „Der Wille dem Empfänger keinen Anspruch auf die Leistung einzuräumen, ... wird tatsächlich aufgegeben durch ein Versprechen der Leistung, welches für ein ernstliches gehalten werden soll; denn durch dieses wird der Empfänger bewußtermaßen veranlaßt, den Anspruch zu erheben. Solange ich wirklich den entschiedenen Willen habe, daß etwas nicht geschehe,

kann ich es nicht mit Bewußtsein veranlassen; indem ich dies tue, gebe ich jenen Willen tatsächlich auf." Diese Stelle gibt in anderen Worten den Standpunkt Kohlers wieder, demzufolge der Wille, einen Geisteseffekt zu erzeugen, identisch ist mit dem Willen, einen Rechtsakt zu vollziehen. — Zur Widerlegung des Kohler-Scheurlschen Standpunktes nehmen wir ungeprüft folgende Voraussetzung der beiden Schriftsteller an: Der Vollzug des Rechtsaktes besteht in der Erzeugung eines Geisteseffektes! Nach dieser Anschauung sind Rechtsakt und Erzeugung eines Geisteseffektes zwar ein und derselbe Tatbestand, — aber doch von verschiedenen Seiten aus betrachtet. Die „Willensaktion" ist, psychologisch genommen, „Erzeugen des Geisteseffektes," juristisch gesehen ist sie „Rechtsakt". Somit ist der „Geisteseffekt" an sich betrachtet etwas anderes als der „Geisteseffekt" als „Rechtsakt" betrachtet, die eine Vorstellung ist ihrem psychischen Gehalte nach verschieden von der anderen, wenngleich beide sich auf ein und denselben objektiv gegebenen Tatbestand beziehen. Was ich aber will, will ich nur als solches, als welches ich es mir vorstelle. Der Mentalreservant will allerdings den Geisteseffekt, aber er will nicht den Rechtsakt, weil — und nur, wenn — er das Bewußtsein hat, daß er durch den geheimen Vorbehalt seinem Verhalten den Charakter des Rechtsaktes benehmen könne, wenn er also über das positive Recht in Unkenntnis ist. Wenn trotzdem durch die Erzeugung des Geisteseffektes der Rechtsakt vollzogen ist, so geschieht das gegen den Willen und ohne das Wissen des Mentalreservanten. Ebenso kann ich eine Handlung wollen, die sich als Verletzung eines anderen charakterisiert, ohne die Verletzung zu wollen, — wenn ich mir des verletzenden Charakters nicht bewußt war; ich kann ein Verhalten wollen, das „objektiv unsittlich" ist, ohne mich „unsittlich" verhalten zu wollen, — wenn ich von der Unsittlichkeit meines Verhaltens nicht wußte u. s. w. Kohlers und Scheurls Fehler suchen wir also nicht darin, daß sie Rechtsakt und Geisteseffekt identifizieren, sondern darin, daß sie aus dieser angenommenen Identität schließen auf die Identität des Wollens des Rechtsaktes und des Wollens des Geisteseffektes. Darauf nun erwidert Scheurl: „Allerdings wird man scheinbar mit Recht folgendes einwenden können. Wer die Einwilligung in die Ehe mit einer Mentalreservation erklärt, kann freilich trotzdem nicht das Unmögliche wollen, daß die andere Person, welcher er die Erklärung gibt, dadurch nicht veranlaßt werde, sich zu dem Willen, ihn zum Ehegatten zu haben, für berechtigt zu halten. Aber er kann ja doch immerhin wollen, daß sie dazu nicht berechtigt sei. . . . Allein hierauf antworte ich: Wer sich mit meinem Willen für berechtigt gegen mich hält, der ist gegen mich wirklich berechtigt." Diese Art der Beweisführung ist merkwürdig! Wir lassen ja vollkommen dahingestellt sein, ob das von Scheurl aufgestellte Prinzip nach positivem Rechte Geltung hat, und supponieren demnach mit Scheurl, daß dem fraglichen Wollen Anerkennung versagt ist, — daraus folgt aber

doch keineswegs, daß dieser Wille nunmehr auch „psychologisch unmöglich" sei. Die Gesetze des Bewußtseinslebens umzugestalten liegt außerhalb der Macht des positiven Rechtes!

Es erübrigt uns noch, zu untersuchen, in welcher Weise in der Literatur eine Abgrenzung zwischen dem Fall der Mentalreservation und verwandten Fällen erfolgte.

Daß Mentalreservation und Simulation in einen Topf geworfen werden, beklagt bereits Kohler mit Recht. In geradezu programmatischer Form entwickelt Wette[1]) diesen Standpunkt: Die „zweiseitige Mentalreservation nennt man Simulation, wie man umgekehrt die Mentalreservation als einseitige Simulation bezeichnet." Mentalreservation ist „einseitige Absicht eines Paziszenten, etwas anderes zu wollen, als erklärt wird". Simulation ist „beiderseitige Absicht beider Paziszenten, etwas anderes zu wollen, als erklärt wird!" „Der bewußte Widerspruch zwischen Wille und Erklärung geschieht in beiden Fällen in der Absicht, zu täuschen, nur daß bei der Mentalreservation ein Vertragsteil den anderen täuscht, während bei der Simulation beide im Einverständnis einen Dritten täuschen." Auf die Frage nach der Abgrenzung zwischen Simulation und Mentalreservation könnten wir nur mit einer ausführlichen Interpretation der §§ 117 und 118 antworten, — was weit über den Zweck und das Thema dieser Arbeit hinausginge. Eine Bemerkung gegen Scheiff sei jedoch gestattet! Scheiff[2]) verteidigt mit Wärme den Begriff der „einseitigen Simulation" im Unterschied von der Mentalreservation. Die Art, wie er das tut, ist aber geradezu verblüffend unklar. Einmal gibt Scheiff an, daß bei der Mentalreservation das Erklärte nicht gewollt sei; kurz darauf behauptet er, bei der Mentalreservation sei nur „nicht Alles" gesagt, was der Erklärende wolle, so daß also eigentlich das, was der Erklärende sagt, seinem Willen entsprechen müßte; dann fährt Scheiff unmittelbar fort, indem er wieder behauptet, der wahre Wille bleibe bei der Mentalreservation „rein innerlich, unerklärt." Ebenso wird die einseitige Simulation behandelt. Sie soll mit der Mentalreservation das gemeinsam haben, daß „etwas als gewollt erklärt ist, wofür der Wille wirklich nicht vorhanden ist", — und sie soll sich von der Mentalreservation dadurch unterscheiden, daß der Erklärende „in der Erklärung ausdrückt, was er eigentlich will." In Sonntags[3]) Arbeit stoßen wir lediglich auf eine Wiederholung der Ausführungen Scheiffs; die bei seinem Vorbild vermißte Klarheit können wir deshalb selbstverständlich auch bei ihm nicht finden. Ebensowenig vermag uns Forrer[4]) die Frage zu klären. Vergeblich beruft sich Scheiff auf Koch und Schloßmann. Kochs[5]) Begriff der ein-

[1]) Mentalr. u. s. w. S. 16, 17.
[2]) Divergenz S. 27.
[3]) Das sim. Rechtsg. S. 3, 4.
[4]) Sim. und Mentalr. S. 90 ff.
[5]) Recht der Forderungen II, S. 151.

seitigen Simulation schließt die Mentalreservation mit ein und Schloßmann[1]) behauptet geradezu, daß Mentalreservation nur „eine äußerlich niemand erkennbar gewordene Simulation" sei. Gelingt die Simulation, so kann man sie also nach letzterem Schriftsteller auch als Mentalreservation bezeichnen, mißlingt sie, so bleibt sie doch Simulation! Ich gestehe, daß Scheiffs Begriff der einseitigen Simulation für mich ein unverständliches Wort ist.

Nicht geringe Schwierigkeiten bereitet der Literatur speziell die Abgrenzung der Mentalreservation von den Fällen des § 118 B.G.B. Noch unter der Herrschaft des alten Rechtes hatte Pernice[2]) mit erfreulicher Konsequenz behauptet: „Im Scherze etwas erklären, heißt, es erklären, ohne die Folgen auf sich nehmen zu wollen, heißt, erklären ohne Wirkungsabsicht. Das ist eine Mentalreservation; nur ist der Beweggrund als das Entscheidende bezeichnet." So weit ging jedoch die übrige Literatur im allgemeinen nicht. Sie unterschied zwischen „bösem Scherz" und den übrigen Fällen des Scherzes und bezeichnete nur ersteren als Mentalreservation. Diese Unterscheidung griffen die Bearbeiter des Bürgerlichen Gesetzbuches auf. Sie unterstellten den harmlosen Scherz dem § 118 B.G.B., während der böse Scherz durch § 116 B.G.B. getroffen werden sollte. Dem Falle, daß der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, stellte man den anderen Fall gegenüber, daß der Erklärende eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung in der Erwartung abgibt, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Die Literatur sah sich dadurch veranlaßt, die Tatbestände der beiden Paragraphen in der Weise zu kennzeichnen, daß sie die Nichternstlichkeit der Erklärung als gemeinsames Moment derselben bezeichnet, als trennenden Punkt dagegen die Erwartung angibt, die Nichternstlichkeit werde erkannt, respektive, sie werde nicht erkannt werden. Grueber[3]) sträubt sich jedoch dagegen, zwischen Mentalreservation und den Fällen des § 118 B.G.B. nur den Unterschied der „Erwartung" anzuerkennen: „Mit Recht wird betont," so sagt er, „der Mangel der Ernstlichkeit müsse irgendwie objektiv aus den Umständen erhellen, denn, wenn die Erwartung als rein innere Seelenstimmung genügen würde, so könnte sich der Erklärende seiner Verpflichtung durch die Behauptung entziehen, seine Erklärung sei nicht ernstlich gemeint gewesen, und somit wäre der bloßen Mentalreservation, entgegen dem unzweideutigen Wortlaut des § 116, Satz 1 doch die Kraft eingeräumt, die Willenserklärung nichtig zu machen." Hiernach würde der Tatbestand der §§ 116 und 118 B.G.B. insofern übereinstimmen, als die Erklärung nicht ernstlich gemeint ist, und insofern sich unterscheiden, als im Falle des § 118 B.G.B. der Mangel der Ernstlichkeit irgendwie objektiv aus den

---

[1]) Der Vertrag S. 105, 106.
[2]) Pernice, Zeitschr. f. H. R. 25, S. 117.
[3]) Bl. f. R. A. 63 S. 450.

Umständen erhellt, und der Erklärende darauf gerechnet hat, daß der Erklärungsempfänger den Mangel der Ernstlichkeit erkennen werde. Ein Vergleich mit § 116, Satz 2 ergibt, daß auch im Falle der Mentalreservation der Mangel der Ernstlichkeit „irgendwie objektiv aus den Umständen erhellen" kann. Sollte gleichwohl der Erklärungsempfänger den Mangel der Ernstlichkeit nicht erkannt haben, so wäre die Erklärung gültig. Also liegt doch letzten Endes nur in der „Erwartung" der eigentliche Unterschied. Kann ich die Erwartung nachweisen, so ist meine Erklärung nichtig, — kann ich sie nicht nachweisen, so ist sie gültig. Hier zeigt sich, inwieweit diejenigen Recht haben, welche die äußere Erkennbarkeit der Erwartung verlangen. Da nämlich die Erwartung ein „Urteil" ist, so wird dieselbe sich — nach psychologischen Gesetzen — notwendig auf Tatsachen stützen, aus denen der Erklärende schließt oder die Vermutung entnimmt, der Erklärungsempfänger werde den Mangel der Ernstlichkeit nicht verkennen. Weiß der Erklärende seine behauptete Erwartung in keiner Weise durch Anführung solcher Tatsachen psychologisch wahrscheinlich zu machen, so wird es ihm wohl nicht gelingen, den Richter zu überzeugen, — es sei denn durch Eid. Es geht aber durchaus nicht an, die die Erwartung beweisenden Tatsachen dem wesentlichen Tatbestand des § 118 B.G.B. zuzurechnen, und es besteht deshalb auch kein Anlaß, die Formulierung des § 118 zu tadeln! — Wir können uns nicht versagen, hier eine weitere Stelle aus Grueber[1]) zu zitieren; Grueber bekennt sich zunächst zu einer ziemlich engen Begrenzung der Erklärung im Scherz: „Immer wird, wer im Scherze etwas erklärt, das Erklärte nicht wollen"; dann fährt er fort: „daß er aber insgeheim sich vorbehält, dasselbe nicht zu wollen, wird man selbst dann nicht sagen können, wenn ihm klar bewußt ist, daß die Gegenpartei seinen Scherz für lauteren Ernst hält, und er es dennoch unterläßt, sie darüber aufzuklären." Können wir diese Stelle etwa als unbewußtes Zugeständnis auffassen, daß der insgeheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, doch etwas anderes ist, als die zum Zwecke der Irreführung des Erklärungsempfängers erfolgte Erklärung eines nicht vorhandenen Willens? Allerdings würde dieses Zugeständnis schlecht zu den übrigen Ausführungen Gruebers stimmen.

Viel weiter als Grueber geht Garcis. Grueber erkennt noch einen Unterschied zwischen dem Tatbestand des § 116 und des § 118 an, er bestreitet nur die praktische Möglichkeit einer Unterscheidung für den Fall, daß die in § 118 vorausgesetzte „Erwartung" objektiv nicht erkennbar war. Bei Garcis dagegen verschwindet jeglicher feste Unterschied zwischen den Fällen des § 116 und des § 118. Bei der großen praktischen Tragweite dieser Anschauung ist es angezeigt, die einschlägigen Ausführungen wörtlich

[1]) l. c. S. 451.

wiederzugeben. Die erste Stelle[1]), auf welche wir uns beziehen, lautet: „Möglicherweise erweist sich eine unter einem dem Erklärungsempfänger nicht bekannten Vorbehalt, sich nicht binden zu wollen, abgegebene Erklärung als ein spottweise vorgenommenes Rechtsgeschäft, dem die Absicht zugrunde liegt, die Meinung zu erregen, daß im Ernst gehandelt werde, demnach als böser Scherz." Gegen den bösen Scherz schützt nach Gareis die Rechtsordnung den Erklärungsempfänger „durch die Aufrechterhaltung des Geschäfts, durch die Bindung des Willens trotz des geheimen Vorbehalts (§ 116 Satz 1), ja selbst trotz des Mangels der Ernstlichkeit, denn wer nämlich, wenn die Erwartung, es werde der Mangel der Ernstlichkeit nicht verkannt werden, nicht irgendwie erkennbar an den Tag gelegt oder gar nicht vorhanden oder ungerechtfertigt war, so daß also die sonst nach § 118 anzunehmende Nichtigkeit des Geschäfts nicht anzunehmen ist, — nur in der angegebenen Weise täuschen will, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er beim Worte genommen wird." — Die zweite Stelle[2]) ist folgende: der „Tatbestand, daß auf Seite des eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung Abgebenden" die „objektiv gerechtfertigte", „irgendwie gezeigte oder durch die begleitenden Umstände als vorhanden angedeutete" Erwartung besteht, die Nichternstlichkeit werde nicht verkannt werden, — „dieser Tatbestand kann sich mit dem der Mentalreservation verbinden, und es zeigt sich infolge dieser Möglichkeit, daß der einseitige Vorbehalt des Nichtwollens des als Gewolltes Erklärten nicht bloß dann nichtig ist, wenn die Gegenpartei den Vorbehalt kannte, sondern auch dann, wenn der Erklärende vernünftigerweise erwarten durfte, daß das Vorhandensein des Vorbehaltes als Mangel der Ernstlichkeit nicht verkannt werden werde; dieser Tatbestand deckt sich dann mit dem eines halben Scheingeschäftes: der Erklärende gibt eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit dem Willen, das Erklärte nicht zu wollen, ab, in der Meinung, der Erklärungsempfänger werde mit diesem Nichtwollen einverstanden sein; der Erklärungsempfänger ist aber nicht damit einverstanden, sondern nimmt die Erklärung ernstlich, jedoch ist auf Seite des Erklärenden die Erwartung gerechtfertigt, der Empfänger werde die Nichternstlichkeit nicht verkennen, dann ist die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nichtig nach § 118." Diese beiden Stellen beweisen klar, daß Gareis auf den Standpunkt steht, der insgeheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, schließe die Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, nicht aus. Einen Beweis für diese — wohl durchaus vereinzelte — Behauptung erbringt Gareis nicht. Auf ihn bezieht sich wohl Grueber[3]), wenn er sagt: „Nach richtiger Meinung wird eine Willenserklärung mit geheimem Vorbehalt überhaupt nicht als Erklärung, welche in

[1]) Kommentar S. 133.
[2]) l. c. S. 138.
[3]) l. c. S. 451.

der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, aufgefaßt werden können."

Das Bild, welches sich uns im Laufe der nunmehr abgeschlossenen Darstellung der theoretischen Äußerungen über den Tatbestand der Mentalreservation geboten hat, findet eine wichtige Ergänzung in der Kasuistik der Literatur und Rechtsprechung, deren Behandlung wir uns jetzt zuwenden.

Einen typischen Schulfall der Mentalreservation bringt Ennecerus[1]). Derselbe bietet jedoch nichts, was unser spezielles Interesse erwecken könnte. Wohl aber regen die von Hölder[2]) gebotenen Beispiele zu einer Besprechung an. Als Fälle, in welchen „der Inhalt der Erklärung nicht wirklich gewollt ist," sei es, daß der Inhalt „zu Gunsten," sei es, daß er „zu Ungunsten des Erklärenden „bestimmt" ist, führt Hölder an: „Ich will einem Freunde eine Summe schenken, gebe sie ihm aber, weil er sie als Geschenk nicht annehmen würde, als Darlehen, mit dem Entschlusse, in Wirklichkeit das gegebene Geld nie wieder haben zu wollen." Hölders Angabe, daß dieser Entschluß nicht bedeute, daß ich „das Recht" auf Rückzahlung „nicht haben, sondern nur, daß ich von demselben keinen Gebrauch machen wolle," läßt annehmen, daß in diesem Falle der Darleiher auch wirklich den Willen hat, ein Darlehen und keine Schenkung zu bewirken. Da nach Hölder in unserem Falle „der Inhalt der Erklärung nicht wirklich gewollt ist," da ferner nach seiner eigenen Darstellung nur der Rückforderungswille fehlt, so sind wir zu dem Schlusse berechtigt, daß Hölder im Falle des Darlehens in dem Mangel des Rückforderungswillens eine die Anwendung des § 116 begründende Divergenz zwischen Wille und Erklärung erblickt. — Ebenso hat in dem weiteren Beispiele Hölders, daß der Erklärende „eine Leistung zugesichert hat, die nicht zu vollziehen er von vorneherein entschlossen ist" der Erklärende den Ausführungswillen erklärt, in Wirklichkeit ist aber sein Wille auf Nichtausführung gerichtet. Diese beiden Beispiele haben uns veranlaßt, Hölder mit Leonhard zusammenzustellen. Dem scheint allerdings eine Bemerkung zu widersprechen, welche Hölder im Anschluß an das letztgenannte Beispiel macht: „Der Widerspruch dieses Entschlusses gegen den erklärten Willen ist nicht ein logischer, sondern ein rechtlicher und sittlicher." Nach unserer, auf des Schriftstellers eigene Worte gestützten, Darstellung wäre der Widerspruch tatsächlich ein logischer!

Von diesen beiden Fällen ist durchaus zu scheiden folgendes, ebenfalls von Hölder gebrachte, Beispiel: „Ein Freund läßt sich von mir ein Darlehen geben, nachdem ich einem anderen mitgeteilt hatte, ich werde jenem das Geld angeblich darleihen, weil er es nicht als Geschenk annehmen würde, aber in Wirklichkeit unentgeltlich geben." Auch hier hat zwar der Geber eine auf ein Darlehen gerichtete Er-

[1]) Rechtsg. u. s. S. 96.
[2]) Kommentar ad § 116.

klärung abgegeben, aber er hat dabei den bestimmten, jedoch unausgesprochenen Willen, daß in der Rechtswelt diese Erklärung einer Schenkungserklärung gleich stehe. Er hat also nicht den Rückforderungswillen, er hat aber auch nicht den Willen, ein Darlehen zu begründen, sondern er hat den Schenkungswillen! Hier besteht demnach — wenn wir so sagen dürfen — auf der ganzen Linie eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung. Hölder rechnet diesen Fall zur Mentalreservation und frägt: „Soll hier, wenn ich später mit dem Freund mich überwerfe, und nun das Darlehen zurückfordere, dieser seinem Versprechen der Rückzahlung gegenüber auf jene ihm zufällig beim Empfang des Geldes bekannte Absicht sich berufen dürfen?" Diese Frage veranlaßt uns, nun auch die Situation des Darlehensempfängers zu analysieren. Derselbe wußte also, als er die Erklärung empfing, daß sein Freund, nur um ihn nicht zu kränken, eine Darlehenserklärung abgab, daß er aber in Wirklichkeit rechtlich ihm als Schenker gegenüberstehen wollte. In diesem Bewußtsein nimmt er das Geld an, erklärt jedoch seinerseits ausdrücklich, es als Darlehen anzunehmen, und hat auch den entsprechenden Willen. Letzteres dürfen und müssen wir als unausgesprochene Voraussetzung annehmen. Nun liegt der Fall so: Der Geber hat nicht den Willen, den er erklärt, — und den Willen, den er hat, erklärt er nicht. Der Empfänger hat den dem wirklichen Willen des Gebers entgegenstehenden und dem erklärten Willen des Gebers korrespondierenden Willen und erklärt diesen Willen. Die beiderseitigen Erklärungen korrespondieren also, das beiderseitige wahre Wollen divergiert; beide Parteien wissen im Zeitpunkt der Erklärung, daß das Wollen divergiert, die Erklärungen korrespondieren; es besteht auf keiner Seite Unkenntnis oder Irrtum über das wahre Wollen der anderen Partei; es besteht auf keiner Seite Unkenntnis oder Irrtum über die objektive Bedeutung der gegenseitigen Erklärungen. Somit entsteht die Frage: berücksichtigt das Recht hier den äußerlichen consensus oder den inneren dissensus? Im ersteren Fall müßten die Willenserklärungen des Gebers und des Nehmers gültig sein; im letzteren an sich nur die des Nehmers, während die des Gebers nichtig wäre. Nach ersterem käme also ein rechtsgültiger Vertrag zustande, nach letzterem nicht! Nach Hölder kommt hier § 116, 2 B.G.B. zur Anwendung. Die Erklärung des Gebers ist also nichtig. Das Recht berücksichtigt den inneren dissensus, aber nicht um seiner selbst willen, sondern weil der Darlehensempfänger von diesem dissensus Kenntnis hatte. Da demnach die Erklärung der einen Partei nichtig ist, so ist ein Darlehensvertrag überhaupt nicht zustande gekommen. Vielleicht ein Schenkungsvertrag? Hölder scheint dies zu fordern: „Könnte in diesem Falle das Geld nicht als dargeliehen gelten, so müßte es als geschenkt gelten". Aber: keine Partei hat den auf Schenkung abzielenden Willen erklärt, der Geber hatte zwar diesen Willen, der Nehmer hatte ihn ausgesprochenermaßen nicht; es ist also überhaupt kein Vertrag zustande gekommen.

Dem würde vielleicht das Reichsgericht widersprechen. Ein Urteil des IV. Zivilsenates vom 20. Dezember 1888[1]) sagt nämlich, daß im Falle der Kenntnis des anderen vom Vorbehalte „ein Eingehen des letzteren auf die Intentionen des ersteren, also ein stillschweigendes Einverständnis beider zu unterstellen ist, da jener sich sonst seinerseits eines arglistigen Verfahrens schuldig machen würde". Die Begründung der reichsgerichtlichen Unterstellung ist keine logische, sondern eine moralische. Um dem Erklärungsempfänger keine Arglist nachsagen zu müssen, fingiert das positive Recht nach Meinung des Reichsgerichts auf seiten des Darlehensempfängers ein dem wirklichen Willen widersprechendes Wollen. Es unternimmt also gewissermaßen eine gewaltsame Ehrenrettung! Möglich auch, daß das Reichsgericht die Fiktion vielmehr deshalb eintreten läßt, weil der Tatbestand der Arglist gegeben sei. Dann hätte die Fiktion den Charakter einer Strafe für den Arglistigen! Welches Wollen würde aber im vorliegenden Falle das Reichsgericht als vorhanden fingieren? Das positive Nichtwollen des Darlehens, oder das Wollen der Schenkung? Im ersteren Falle würde das Reichsgericht nur ein Einverständnis annehmen, daß ein Darlehen nicht zustande kommen solle, — also: Nichtwirksamkeit des Vertrages; im anderen Falle würde es Einverständnis bezüglich der Schenkung annehmen. Im letzteren Falle entsteht die neue Frage: Würde das Reichsgericht das Einverständnis als stillschweigend erklärt, oder als rein innere Tatsache betrachten? Im ersteren Fall wäre die wunderliche Tatsache gegeben, daß ein nichtvorhandener Wille deshalb als vorhanden fingiert und als stillschweigend erklärt angenommen würde, weil eine rein innere, im Augenblicke des Vertragsschlusses nicht zum Ausdruck gebrachte Tatsache, — nämlich das Wissen des Empfängers vom Vorbehalte gegeben war; im letzteren Falle frägt es sich, ob das Gericht auf Schenkung erkennen und damit einem nicht erklärten Willen rechtliche Anerkennung zusprechen würde, oder ob es vor diesem Schritte zurückscheute, also auch die Schenkung als nicht zustande gekommen betrachtete — wegen Mangels übereinstimmender Parteierklärungen. Wir wagen nicht, zu entscheiden, welchen der angegebenen Wege das Reichsgericht eingeschlagen hätte. Scheurl[2]) würde wohl zwischen den drei aus Hölder angeführten Fällen überhaupt keinen Unterschied machen. Denn er meint: „Wenn jemand gegen Dritte mündlich, oder in einer Urkunde schriftlich erklärt, daß er, was er einem anderen mit der unzweideutigen Erklärung übergebe, es ihm leihen zu wollen, eigentlich ihm schenken wolle," so „würde das nicht wirkliches Festhalten des dem erklärten Willen entgegengesetzten Willens sein, sondern nur Ausdruck des Vorbehaltes, den mit jener Erklärung übergebenen Gegenstand nicht zurückzufordern oder die Annahme seiner Rückgabe abzulehnen". Das Resultat

[1]) Gruchots Beitr. 35, S. 399.
[2]) Scheurl, Arch. f. ziv. Pr. 78, S. 345.

unserer Untersuchung der drei Hölderschen Fälle ist: Mentalreservation soll vorliegen a) im Falle der Darlehenserklärung, wenn der Rückforderungswille ausgeschlossen ist; b) im Falle des Leistungsversprechens, wenn der Ausführungswille ausgeschlossen ist; c) im Falle der Darlehenserklärung, wenn statt des erklärten Willens der Schenkungswille besteht.

Mit Hölder brachten wir bereits bei der Darstellung der Theorie Leonhard in Verbindung. Dieser Schriftsteller nennt[1]) als Beispiel den „Zechpreller, der sich ein Glas Bier bestellt, mit der heimlichen Absicht, es nicht zu bezahlen". Den gleichen Fall bringt Dernburg[2]). Beide halten hier eine Mentalreservation für gegeben. Während aber Leonhard konsequenterweise den § 116, Satz 2 B.G.B. auf diesen Fall anwendet, schreckt Dernburg auf Grund eines natürlichen Gerechtigkeitsgefühles davor zurück: „Derjenige, dessen Mentalreservation die Absicht des Betruges in sich schließt, kann sich richtiger Ansicht nach auch dann nicht auf sie berufen, wenn sie der andere Teil durchschaut hat". Hat Leonhard das Gesetz vergewaltigt, indem er ihm seinen eigenen aprioristischen Begriff der Mentalreservation imputierte, so unternahm Dernburg eine unberechtigte Korrektur der gesetzlichen Konsequenzen seiner Anschauung, indem er an Stelle des § 116 Satz 2 seine eigene natürliche Rechtsüberzeugung setzte. Wie es der Zufall wollte, hat kein anderer als Leonhard das, was in den Augen Dernburgs eine Ungerechtigkeit wäre, als Zeugnis einer möglicherweise „verschärften Ethik" erklärt, „die es mißbilligt, die Verschlagenheit eines Geschäftsgenossen mit gleicher Münze zu bezahlen," — ein Widerspruch, der den zweifelhaften Wert naturrechtlicher und moralischer Überlegungen bei Untersuchungen über das positive Recht deutlich erkennen läßt. Übrigens zeugt der von Leonhard supponierte Standpunkt unseres Erachtens eher von einer nicht einwandfreien Sentimentalität, als von einer strengeren sittlichen Auffassung!

Ein weiteres Beispiel Dernburgs[3]) ist folgendes: „Der leichtfertige Bursche, welcher dem von ihm verführten Mädchen 1000 Mk. als Abfindung versprach, um deren Tränen zu stillen, kann dessen Klage nicht den Einwand entgegenstellen, das Mädchen habe von dem Freunde des Burschen dessen bestimmte und wiederholte Äußerung erfahren: versprechen werde er ihr, aber nicht halten." Wie obiges Beispiel, so beweist auch dieses, daß Dernburg mit Leonhard und Hölder in eine Gruppe zu rechnen ist, indem die drei genannten Schriftsteller eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung bei Mangel des Ausführungswillens annehmen; die Zusammengehörigkeit findet ihre äußerliche

---

[1]) Allg. T. d. B.G.B. S. 468.
[2]) Die allg. Lehren des b. R. S. 425.
[3]) l. cit.

Bestätigung darin, daß Dernburg ausdrücklich auf Hölder und Leonhard hinweist.

Auf den Fall des bösen Scherzes leitet ein Beispiel Altsmanns[1]) über: „Wer einem jungen Maler in der Absicht, sich über ihn lustig zu machen, für ein Gemälde einen ansehnlichen Preis bietet, unter dem geheimen Vorbehalt, daß er das Kaufgebot nicht ernstlich meine, muß, wenn der Maler den Antrag annimmt, das Geschäft gelten lassen, es sei denn, der Maler hätte den geheimen Vorbehalt gekannt. Nur dann wäre das Angebot nichtig, wenn der Antragende es in der Meinung abgegeben hätte, der Maler werde den Scherz als solchen erkennen." Es sei gestattet, dieses Beispiel Altsmanns in eine für die Analyse des Scherzfalles brauchbarere Form umzuwandeln. Wir nehmen statt eines Kaufes einen Werkvertrag an. Nun können wir unterscheiden: Bestellung des Gemäldes und Annahme der Bestellung, dann Ausführung, endlich Bezahlung des Gemäldes. Es sind drei Scherzfälle denkbar: a) Der Besteller hat die Erwartung, der Künstler werde seine Bestellung sofort als nicht ernstlich erkennen und sie deshalb selbstverständlich nicht annehmen. Das Belustigende liegt hier in dem Inhalt der Erklärung selbst, — in dem Kontrast zwischen dem Wert des Gemäldes und dem angebotenem Preise. Das Niveau der künstlerischen Ausbildung, auf dem der junge Maler sich befindet, wird zum Gegenstand des Scherzes gemacht. Die konkrete Sachlage entscheidet einzig und allein, ob der Künstler mitlacht oder sich gedemütigt fühlt. Mag ihm aber der Scherz harmlos, oder mag er ihm böswillig erscheinen, — in keinem Fall haftet der Erklärende am Worte, ihn schützt § 118, eventuell § 116, Satz 2 B.G.B. — b) Der Besteller kann den Willen haben, daß der Maler die Bestellung als ernst auffasse und demnach auch allen Ernstes annehme, dabei aber beabsichtigen, den Künstler noch vor der Ausführung des Werkes aufzuklären. Es macht hier dem Besteller Spaß, den Maler auf einige Zeit in den Glauben zu versetzen, er hätte nun eine sehr günstige Bestellung erhalten, — und es dünkt ihm höchst scherzhaft, nachträglich diese Freude zu zerstören. Auch hier lacht unter Umständen der Gefoppte mit, und sein natürliches Rechtsgefühl läßt in ihm keinen Gedanken daran aufkommen, daß vielleicht ein rechtsgültiger Werkvertrag vorliege; es entscheidet eben auch hier einzig die Situation. — c) Der Besteller macht einen bedenklicheren Scherz; er wartet, bis das Bild (sagen wir, eine Skizze) fertig ist, und freut sich auf den Augenblick, wo er dem Maler sagen könne, er habe umsonst gearbeitet, denn er, der Erklärende, habe ja nicht im Ernste daran gedacht, ihn zu bezahlen. Dieses Mittel zu eigener Belustigung ist zwar drastisch, doch, es kommt vor, ja, je nach der Situation wird der Scherz von demjenigen, auf dessen Kosten er gemacht wurde, auch „verstanden", d. h. als Scherz behandelt werden. — Es können also alle drei Fälle

[1]) Recht d. B.G.B. S. 21.

von dem Erklärungsempfänger als harmloser oder als böser Scherz aufgenommen werden; nicht die angegebenen Unterschiede bestimmen demnach die Unterscheidung, sondern anderweitige Tatsachen. Die Persönlichkeit des Scherzenden, seine Beziehungen zu dem anderen, der Gegenstand des Scherzes u. s. w. bieten einen im gewöhnlichen Leben mit verhältnismäßiger Sicherheit zu handhabenden Maßstab dessen, was als Scherz gestattet ist. Allerdings wird die Grenze des Erlaubten von Fall a bis zu Fall c immer enger, das Risiko, der Scherz werde mißverstanden werden, immer größer. Das ist begreiflich! Bildet der erste Fall eine durchaus harmlose Art der Belustigung, gegründet auf ein Spiel mit Assoziationen, das eben durch sein Gelingen reizvoll für beide Teile wird, vorausgesetzt, daß der Scherzende zu einem solchen Scherz überhaupt berechtigt erscheint, so findet in den beiden anderen Fällen ein weniger harmloses Spiel mit Urteilen statt; das Opfer des Scherzes wird vielleicht nur um eine Hoffnung betrogen, vielleicht auch geradezu benachteiligt, — wie dem auch sei, schon die Täuschung allein bewirkt die Gefahr der Unlust am Scherze! — Wie verhält sich nun das Recht zu den genannten Fällen? Ob in den Fällen a, b und c § 116 oder § 118 anwendbar sei, würde sich entscheiden durch die Beantwortung der Frage: ob die Erwartung bestand, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Nach Pauls „Deutschem Wörterbuch" ist „verkennen" gleich „etwas nicht als das erkennen, was es ist." Verkennen kann aber gerade in bezug auf Scherz eine andere Bedeutung haben. Einen Scherz nicht verkennen, heißt, auf den Scherz eingehen, ihn nehmen als das, was er ist, ihn würdigen, ihn anerkennen. Den Mangel der Ernstlichkeit einer Willenserklärung „nicht verkennen" hieße demnach sowohl: die Nichternstlichkeit durchschauen, als: sich auf den Scherz einlassen. Der hierdurch bezeichnete Tatbestand ist ein verschiedener! Im ersten Fall ist es dem Erklärenden und dem Rechte ganz gleichgültig, wie der Erklärungsempfänger auf den Scherz reagiert, wenn er ihn nur durchschaut; im zweiten Falle aber verlangt das Gesetz vom Erklärenden die Erwartung, daß derjenige, mit welchem er Scherz treiben will, nicht bloß den Scherz erkenne, sondern auch auf ihn eingehe. Schon für unsern Fall a ist diese Unterscheidung nicht gleichgültig. Denn es ist möglich, daß der Erklärende den Künstler verletzen wollte, und der Erklärungsempfänger den Scherz des Bestellers sofort durchschaut, aber, entrüstet über diese Demütigung, ihn nunmehr beim Worte nehmen will. Hier bestand nicht die Erwartung, der Erklärungsempfänger werde auf den Scherz eingehen. Wenn wir „verkennen" in diesem Sinne nähmen, käme also § 118 nicht in Anwendung; vom Standpunkt der Literatur aus könnten wir dagegen § 116 Satz 2 als anwendbar erklären. Noch wichtiger wird die Unterscheidung in den Fällen b und c. Wenn hier der Erklärende erwartet, der Erklärungsempfänger werde mit sich Spaß machen lassen, und wenn diese Erwartung für den Tatbestand des § 118 genügt, so kann auch im

Falle b und c Nichtigkeit der Erklärung selbst dann gegeben sein, wenn die Erwartung sich nicht erfüllte. Schwieriger sind die Fälle, wenn wir „verkennen" nur mit „nicht erkennen" gleichsetzen. Denn dann müssen wir sagen: Daß der Scherz nur Scherz war, wird der Erklärungsempfänger jedenfalls irgendeinmal erkennen, — es frägt sich nur, wann? Für die Rechtsbedeutsamkeit der Erwartung ist also bei dieser Interpretation des Verkennens der Zeitpunkt maßgebend, in welchem das „Erkennen" erwartet wird. Ob der Erklärungsempfänger „von selbst", oder auf anderem Wege, z. B. durch eigene Mitteilung des Erklärenden, zu der erwarteten Einsicht kommen soll, muß gleichgültig sein. Nun aber kennen wir drei verschiedene Zeitpunkte des Eintritts der Erkenntnis: a) sofort (Fall a); b) zwischen Annahme und Beginn der Ausführung des Werkes (Fall b); c) nach der Ausführung des Werkes (Fall c). Der Wortlaut des § 118 B.G.B. enthält für die Bestimmung des maßgebenden Zeitmomentes nicht den geringsten Anhaltspunkt. Es läßt sich also aus § 118 allein, unter Zugrundelegung des Begriffes „verkennen" = „nicht erkennen", nicht entscheiden, ob in einem der genannten Fälle § 118 nicht anwendbar ist. Das sei hier betont, daß zum mindesten im Falle b die Anwendung des § 118 in der Literatur und Rechtsprechung eine Stütze fände. Die Frage weiter zu verfolgen, haben wir kein Interesse. Uns ist wichtiger, daß die Fälle b und c eventuell als Stütze für Gareis' Behauptung[1]) dienen könnten: „Der Tatbestand, daß die Erwartung besteht, die Nichternstlichkeit werde nicht verkannt werden, . . . kann sich mit dem der Mentalreservation verbinden." In der Tat liegt im Falle b nach allgemeiner Literaturanschauung, im Falle c nach der Auffassung hervorragender Autoren eine bewußte, insgeheime Divergenz zwischen Wille und Erklärung — also eine Mentalreservation im herrschenden Sinne — vor; damit ist die Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, verbunden. Es wäre aber nicht das einzigemal in der Literatur über Willenserklärung, wenn hier nur eine Übereinstimmung in Worten bestünde, und die gleichen Worte Verschiedenen Verschiedenes bedeuteten, wie ja auch umgekehrt häufig Verschiedene mit verschiedenen Worten Gleiches ausdrücken. Wir haben bereits früher darauf hingewiesen, daß es schwer ist, festzustellen, ob Gareis überhaupt zwischen Nichternstlichkeit und Divergenz einen sachlichen Unterschied macht; wir glauben dies nicht, und konnten uns deshalb auch mit obigem Satze, sofern er von Gareis aufgestellt wird, nicht befreunden. Derjenige aber, welcher zwischen „Nichternstlichkeit der Erklärung" und „Nichtwollen des Erklärten" eine reinliche Scheidung vorzunehmen wüßte, hätte das Recht zu der oben zitierten Behauptung, vorausgesetzt, daß er überhaupt bezüglich des Begriffes der Mentalreservation der üblichen Auffassung folgte. Ein Vertreter der gekennzeichneten Anschauung

[1]) Vgl. diese Abh. S. 31 ff.

könnte dann in den Fällen b und c, resp. nur im Falle b, die Worte des Gesetzes sich zu eigen machen, und sagen: „Die Willenserklärung des Bestellers ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehielt, das Erklärte nicht zu wollen, sondern sie ist deshalb nichtig, weil derselbe die Erwartung hatte, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden." — Es soll hier nicht untersucht werden, inwiefern die vorstehenden Erörterungen fähig wären, die von Pernice[1]) als Grenzfälle bezeichneten Beispiele Iherings (Jahrb. f. Dogm. d. R. 4, S. 74) zu beleuchten.

Eine Reihe von Beispielen stellt Pininski[2]) zur Diskussion, auf welche bisher m. W. nur Kohler[3]) reagierte. Es sind folgende Fälle: a) „Jemand nimmt die Zinsen von dem geliehenen Kapital im voraus, ist sich dabei dessen bewußt, daß hierdurch stillschweigend ein pactum de non petendo geschlossen wird, hofft jedoch und hat vielleicht Grund, es anzunehmen, sein Schuldner werde sich darauf nicht berufen." b) „Der heres eignet sich Erbschaftssachen an und ist sich dessen bewußt, daß hierin eine pro herede gestio liegt, rechnet jedoch darauf, daß diese Tat nicht entdeckt werden wird." c) „Ich bin aus irgendeinem Grunde genötigt, dem X. die Offerte zum Abschluß eines mir höchst unerwünschten Geschäftes zu machen, schreibe in der Tat einen Brief, hoffe jedoch, der Brief werde dem X. nicht rechtzeitig zugestellt werden, oder der X. sei in irgend einem Irrtum befangen und werde die Erklärung mißverstehen." d) „Jemand macht aus Prahlerei eine Schenkungsofferte, befürchtet aber dabei die Annahme derselben und verrät sogar dem Antragsempfänger gegenüber, die Akzeptation wäre ihm unerwünscht." — Pininski selbst äußert sich zu diesen vier Fällen in folgender Weise: „Es sind dies Handlungen, die den Sinn einer Erklärung enthalten und die als solche der Handelnde willentlich und mit Bewußtsein abgibt, obwohl ihm nicht daran gelegen ist, daß man in der Tat dies Benehmen als Willenserklärung auffasse, im Gegenteil, wo ihm diese Deutung gerade ganz unerwünscht wäre. Nicht selten kommt es im Leben vor, daß jemand die Erkennbarkeit der Erklärung will, ohne das tatsächliche Erkennen derselben, oder selbst das Wahrnehmen seines Benehmens zu wünschen." Schon diese wenigen Worte lassen erkennen, daß die Pininskischen Fälle eine sehr verwickelte Konstruktion aufweisen, deren Analyse einen über die Zwecke dieser Arbeit weit hinausgehenden Apparat von Unterscheidungen erfordern würde. Für denjenigen allerdings, welcher sich für die Zergliederung des teils psychischen, teils physischen Verlaufes der Willenserklärung interessiert, werden diese kurzen Sätze Pininskis, noch mehr seine Beispiele, ein willkommenes Material sein: Die Erklärung als Komplex von sinnlich Wahrnehmbarem, der Wahrnehmbarmachungswille

---

[1]) Zeitschr. f. H. R. S. 117.
[2]) Sachbesitzerwerb S. 400 und 401.
[3]) Jahrb. f. Dogm. d. R. 28, S. 200.

des Erklärenden, dessen Bewußtsein von der Verkehrsbedeutung des Komplexes, die sinneinlegenden Akte des Erklärenden, und eine Reihe anderer Komponenten der Erklärung im Sinne einer Handlung, lassen sich an den Beispielen Pininskis als bedeutsam aufweisen, einige davon sind auch in Pininskis Bemerkungen selbst unterschieden. Für unsere Absichten wird bereits die bloße Aufzählung der Fälle genügen, da sie aufs beste beweisen, daß, wie Pininski sagt, „das Wesen der Mentalreservation bis nun keineswegs gehörig festgestellt ist." — Wie sehr berechtigt diese Ansicht Pininskis ist, lehrt ein Beispiel Cosacks [1]). Mentalreservation ist nach diesem Schriftsteller in folgendem Falle gegeben: „Zum Bau eines Denkmals zeichnet A. eine sehr große Summe und zahlt sie auch tatsächlich ein; dabei erzählt er seiner Frau, daß er das nur zum Schein tue: die für den Bau erforderliche Summe käme doch nicht zusammen; so sei die Zeichnung eine ungefährliche Prahlerei; im schlimmsten Falle würde er schon einen Vorwand finden, um die Zeichnung zurückzuziehen." Dieser Fall gehört zu der gleichen Gruppe, wie Pininskis Beispiele. Während aber Pininski nicht wagt, hier unbedingt von Mentalreservation zu sprechen, bringt Cosack den Fall geradezu als typisches Beispiel hierfür.

Fast noch mehr, als der Überblick über die theoretischen Literaturäußerungen, haben die von den einzelnen Schriftstellern zur Beleuchtung ihrer Anschauung gebrachten Fälle gezeigt, wie flüssig und wenig gesichert die Grenzen, und wie zweifelhaft die Begriffsmomente der Mentalreservation in der herrschenden Auffassung sind. Vollends trat die Abhängigkeit von den allgemeinen Fragen über die Willenserklärung klar zutage und ließ die auch hier bestehende Unklarheit empfinden. — Gerade letzteres Moment verleiht auch den Reichsgerichtsentscheidungen, deren Besprechung wir nunmehr vornehmen, ein erhöhtes Interesse. Wir beschränken uns auf drei Fälle.

Der erste ist ein geradezu typisches Beispiel der Mentalreservation im Sinne der Literatur, und könnte mit vollem Recht von den Anhängern des herrschenden Begriffes den Bemerkungen, welche Danz über den praktischen Wert desselben macht, entgegengehalten werden. Der Tatbestand ist folgender [2]): Der Ehemann X. hatte seine Frau Y. in der Nacht vom 3. Januar 1895 durch Faustschläge ins Gesicht und durch Ausreißen von Haaren mißhandelt. Am 6. Januar 1895 sprach die Frau dem X. gegenüber den Wunsch aus, sich wieder zu vertragen und alles bisher Geschehene zu vergessen; weinend küßte sie ihren Ehemann, bat ihn nochmals, es möge nichts Unangenehmes wieder vorkommen; der Mann sicherte ihr dies zu. Dann kam die Frau aus freien Stücken in sein Bett und auf ihre

---

[1]) Lehrb. d. b. R. I, S. 218, 219.
[2]) Vgl. Entsch. d. R. G. i. Ziv.-S.

Bitte vollzog der Mann den Beischlaf mit ihr. So am 6. Januar. Am 7. Januar verließ die Y. ihren Gatten und klagte dann auf Scheidung wegen der Mißhandlung vom 3. Januar. Gegenüber der Berufung des X. auf die am 6. Januar erfolgte Aussöhnung machte die Y. geltend, „es habe ihr bei dem Vorfalle die ernstliche Absicht der Aussöhnung gefehlt, indem sie nur aus Furcht vor weiteren Mißhandlungen, wie, um sich das Fortgehen vom Beklagten zu sichern, in der angegebenen Weise gehandelt habe." Das Reichsgericht hat in dem Verhalten der Frau eine Mentalreservation erblickt; es urteilte: Der „von der äußeren Erklärung abweichende innere Wille des Erklärenden hat keinen erkennbaren Ausdruck gefunden." Ob unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches der Fall unter § 116 zu subsumieren ist, erscheint selbst vom Standpunkt der herrschenden Anschauung aus zweifelhaft. Bekanntlich ist die rechtliche Natur der Verzeihung streitig. Die Motive sprechen ihr den Charakter eines Rechtsgeschäftes ab, lassen jedoch die Frage offen, ob sie einen lediglich tatsächlichen Charakter hat, oder aber als eine Rechtshandlung aufzufassen ist. Betrachtet man die Verzeihung nicht als eine Willenserklärung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, so ist § 116 nicht ohne weiteres anwendbar.

Auf einen bedenklich weiten Begriff der Willenserklärung baut sich ein Erkenntnis des Reichsgerichts in Strafsachen (vergl. Entsch. Bd. 7, S. 123) auf. Nach Dernburg, welcher mit dem Reichsgericht übereinzustimmen scheint, liegt der Fall so, daß „ein Kassenbeamter Gelder, welche er sich durch einen Leihvertrag unter Verpflichtung der Rückgabe derselben Geldstücke verschaffte, einem Revisor der Kasse vorlegte, während er sie dem Leihenden wieder zurückzuerstatten beabsichtigte. Es wurde hier Übereignungserklärung zugunsten des Herrn der Kasse unter geheimem Vorbehalt gesehen, welcher die Geltung der Übereignungserklärung nicht hindere; die Zurücknahme der Gelder galt daher als Unterschlagung." — Die Entscheidung selbst stützt sich auf den Satz: „Die Aufzählung oder Vorlegung der Mk. 700 als Teil des Kassenbestandes enthält unzweideutig die Erklärung des Willens, daß dieser Geldbetrag als zur Kasse gehörig angesehen werde". „Der Wille, daß der Geldbetrag als zur Kasse gehörig angesehen werde," ist der Kohlersche „Wille einen Geisteseffekt zu erzeugen." Nach der Meinung des Reichsgerichts „enthält die Aufzählung oder Vorlegung der Mk. 700 als Teil des Kassenbestandes unzweideutig die Erklärung" des Willens, einen Geisteseffekt zu erzeugen! Dieser Auffassung wird schwerlich jemand zustimmen. Doch, sehen wir weiter! Wenn ich in jemandem einen Geisteseffekt erzeuge, inhaltlich dessen er sich als Eigentümer einer (bisher mir gehörigen) Sache ansieht, — habe ich dann den Willen erklärt, ihm die Sache zu übereignen? Es scheint, daß die Ausführungen Kohlers über die Identität von Geisteseffekt und Rechtsakt das Reichsgericht beeinflußt haben; wir glauben aber trotzdem nicht den Widerspruch Kohlers befürchten zu müssen, wenn wir die

vorstehende Frage in gewissen Fällen verneinen! Man hat nämlich zu unterscheiden zwischen assertorischen und promissorischen Erklärungen; nur letztere sind „Willenserklärungen", erstere sind bloße Behauptungen, auch dann, wenn sie vielleicht sogar eine Behauptung über den Willen des Erklärenden selbst enthalten. An dieser Unterscheidung gemessen, erweist sich das Verhalten des Kassenbeamten als rein assertorische Erklärung, welche nicht einen Übereignungswillen enthält, sondern nur die Behauptung, daß das vorgelegte Geld Eigentum der Kasse sei. — Da wir das Vorhandensein einer Willenserklärung leugnen, können wir schon deshalb nicht mit der Annahme einer Mentalreservation einverstanden sein[1]).

Ein dritter Fall, den der Verfasser aus Akten, welche ihm gütigst zur Verfügung gestellt wurden, entnimmt, kam am 24. April 1903 zur Entscheidung des Reichsgerichts. Der Tatbestand, der auch einen Bearbeiter des § 119 B.G.B. interessieren könnte, ist etwa folgender: Nach vorheriger Augenscheinnahme schloß W. mit Sch. einen Tauschvertrag ab über das in der L.-Straße in M. gelegene, im Eigentum des W. stehende Anwesen Nr. 133. Von diesem Anwesen hatte W. bereits früher eine Fläche von 0,001 ha abmessen lassen, in der Absicht, für dieses Stück ein neues Blatt im Hypothekenbuch anlegen zu lassen. Die Abschreibung dieses Grundstückes hatte sich jedoch dadurch verzögert, daß die Genehmigung eines Hypothekengläubigers ausstand. Von der Abmessung und seiner Absicht, den Grundstückstreifen von 0,001 ha nicht mitzuverkaufen, sagte W. dem Sch. nichts. Im Prozesse gab er an, daß er das nicht für nötig gehalten habe, da der Augenschein die Zugehörigkeit des fraglichen Streifens zum übrigen Anwesen nicht ergebe. Eine gerichtliche Inaugenscheinnahme bestätigte, daß der Streifen eher als nicht zum Grundstück gehörig erscheine. Der Beklagte W. hatte dem die Vertragsurkunde abfassenden Notar bereits das neue Messungsoperat zu entsprechender Formulierung des Vertrages übergeben. Dieser jedoch trug aus Versehen die alten Maße in die Urkunde ein, so daß nach dem Wortlaut des vom 24. Juli 1901 datierten Vertrages der Beklagte W. „das von ihm nach Urkunde Nr. 2937 am 16. September 1899 erworbene Anwesen, Haus-Nr. 133, dahier, bestehend aus Plan-Nr. 10296 zu 0,074 ha" an den Kläger Sch. zum Tauschwerte von 180 000 Mark vertauschte. Ausdrücklich war in üblicher Weise festgesetzt, daß für die Richtigkeit der angegebenen Maße nicht garantiert werde. Die Parteien unterzeichneten diese Urkunde. Erst nachher entdeckte der Notar sein Versehen, bestellte die Parteien telephonisch zu sich, und reduzierte in einer von beiden Teilen unterzeichneten Nachtragsurkunde vom 25. Juli 1901 die Maßangabe von 0,074 ha auf 0,073 ha. Am 25. Juli 1901 erklärte der Beklagte zu Urkunde den Antrag, die auf Grund Messungsoperates Nr. 362/1902 neugebildete Plan-Nr. $10296^1/_3$ zu 0,001 ha bei dem Anwesen Haus-Nr. 133 abzuschreiben, und für dieses Grundstück ein neues Blatt im Hypothekenbuche anzulegen. Am 26. Juli 1901

wurde dieser Antrag hypothekenamtlich vollzogen. Erst dann wurde der Tauschvertrag vom 24. Juli 1901 dem Hypothekenamte vorgelegt, zugleich mit der Nachtragsurkunde vom 25. Juli 1901.

Den Kern der Frage faßte das Landgericht München I als erste Instanz in folgendem zusammen: „Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, ob der Beklagte durch seine Willenserklärung in der Tauschvertragsurkunde vom 24. Juli 1901 sich verpflichtet hat, das Anwesen Nr. 133 der L.-Straße einschließlich oder ausschließlich der damals bereits wegvermessenen, aber noch nicht im Hypothekenbuch abgeschriebenen, und auch noch nicht zur Abschreibung beantragten Plan-Nr. $10296^1/_3$ dem Kläger zu übereignen." Das Landgericht stellte fest, daß nach dem Wortlaut der Urkunde anzunehmen sei, daß die Kontrahenten diese Parzelle mit zum Gegenstand des Vertrages machen wollten; es erkennt jedoch auch an, daß die vom Beklagten angeführten Umstände dafür sprechen, daß der Beklagte den Übereinstimmungswillen hinsichtlich der Parzelle nicht hatte. Dann aber, folgert das Landgericht, handelte er dolos, wenn er dieses dem Gegenkontrahenten verschwieg, und es zuließ, daß die oben erwähnte Fassung in der Urkunde gewählt wurde, welche ein anderes zum Ausdruck brachte; daß Arglist und nicht ein bloßes Versehen auf Seite des Beklagten vorliegt, ergibt sich für das Landgericht daraus, daß er auch am folgendem Tage, als die Urkunde berichtigt wurde, dem Kläger die Sachlage nicht klar machte, sondern ihn in dem Glauben beließ, daß es sich nur um Berichtigung eines Irrtums handle, während er wußte, daß dies nicht der Fall war. „Auf diese Divergenz zwischen Wille und Willenserklärung kann sich der Beklagte nicht berufen, weil ein geheimer Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, vorliegt." Sowohl das Oberlandesgericht als das Reichsgericht pflichteten dieser Anschauung bei. Die Nachtragsurkunde, worin die Beteiligten ein um 0,001 ha geringeres Flächenmaß des Grundstücks anerkannt haben, erschien sämtlichen Instanzen deshalb als bedeutungslos, weil dabei der Kläger von der geschehenen Wegmessung der Plan-Nr. $10296^1/_3$ nichts wußte und den Nachtrag für eine bloße — oft notwendige und vorkommende — Berichtigung des Maßes ohne Änderung des Bestandes halten konnte. Nach der subjektiven Auffassung des Erklärenden war also, wie das Gericht annimmt, eine rein assertorische Erklärung gegeben; hatte sie aber, ihrer objektiven Bedeutung nach, den Sinn einer Willenserklärung? Tatsächlich scheint dieser Annahme zu widersprechen, daß die Maßangabe im Vertrage ausdrücklich als nichtentscheidend erklärt wurde. Nach dieser Bestimmung war es durchaus gleichgültig für die wahre Rechtslage, ob in der Urkunde 0,074 ha oder 0,073 ha stand. Das Tauschobjekt ist vielmehr bezeichnet durch die Worte „Anwesen Nr. 133 dahier, bestehend aus Plan-Nr. 10296." Diese Bezeichnung erstreckte sich zur Zeit des Vertragsschlusses auf das ganze Grundstück in der Größe von 0,074 ha. Also erscheint auch nach dem Wortlaut des Vertrages der streitige Grundstreifen als mitverkauft.

Da der Kläger den ihm auferlegten richterlichen Eid leistete, daß er glaubte, das ganze Anwesen, so, wie es buchmäßig eingetragen war, zu erwerben, so steht fest, daß sein Wille mit der Erklärung übereinstimmte; der Wille des Beklagten dagegen stand insofern dem Wortlaut der Erklärung entgegen, als W. die Parzelle von 0,001 ha nicht mitverkaufen wollte. Man kann demnach insofern von einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung sprechen. Wer mit dem Gerichte als feststehend annimmt, daß der Beklagte die Divergenz kannte und sie dem Kläger verheimlichte, kommt mit dem Gerichte folgerichtig zur Annahme einer Mentalreservation im herrschenden Sinne[1]).

In mosaikartiger Zusammensetzung, nach sachlichen Gesichtspunkten geordnet, haben wir ein möglichst vollständiges Bild des Standes der Literatur über den Begriff der Mentalreservation zu bieten versucht. Von dem, im wahrsten Sinne des Wortes, dunklen Hintergrunde der mit dem Tatbestand der Willenserklärung verknüpften Probleme hat sich in proteischer Vielgestaltigkeit ein Begriff

---

[1]) Anläßlich dieses Falles machte das Reichsgericht eine Äußerung von nicht geringer praktischer Bedeutung. Bereits die erste Instanz hatte gegenüber dem vom Beklagten gebrachten eventuellen Einwand des Irrtums erklärt: „Der Beklagte hätte unverzüglich, sobald er die Inkongruenz seines Willens und der beurkundeten Erklärung erkannte, letztere anfechten müssen, widrigenfalls sie gegen ihn wirksam bleibt." Das Reichsgericht ging soweit, zu behaupten: „Sobald" der Beklagte „von der Ansicht und dem Anspruch des Klägers Kenntnis erlangte, mußte er wenigstens eventuell die Vertragsanfechtung wegen Irrtums erklären." Diese Auffassung steht in offenem Widerspruch zu § 121 B.G.B., da man unmöglich sagen kann, daß auf Grund bloßer Anzweifelung des Vertragsinhaltes seitens einer Partei die andere Partei zur „Kenntnis" ihres Irrtums gelangt sei.

Der Begriff der „Kenntnis" ist übrigens m. W. noch nie fixiert worden. Da er auch im Tatbestand des § 116, Satz 2 enthalten ist, sei es gestattet, eine kurze Bestimmung des Begriffes zu versuchen. Dieselbe stützt sich auf eine möglichst sorgfältige Vergleichung sämtlicher Stellen des B.G.B., welche das Wort: „kennen", resp. „Kenntnis" aufweisen, und entspricht im übrigen auch einem exakten Sprachgebrauch.

Der mit „Kenntnis" zu bezeichnende Erkenntniszustand eines Menschen besteht in dessen subjektiver Gewißheit von der Wirklichkeit des Objektes der Kenntnis. Von Kenntnis einer Tatsache kann dann nicht gesprochen werden, wenn die Person die Wirklichkeit der Tatsache in der subjektiven Gewißheit von ihrer Unwirklichkeit innerlich verneint, oder, wenn die Person sich in subjektiver Ungewißheit über die Wirklichkeit oder Nichtwirklichkeit dieser Tatsache befindet. Im ersten Falle liegt Irrtum vor, im zweiten eine Mittelstufe zwischen Kenntnis und Unkenntnis, die bald als Zweifel, bald als Meinung, Annahme, Glaube, Vermutung bezeichnet wird. — Jeder Versuch, zu entscheiden, welche Erkenntnismittel zur subjektiven Gewißheit führen, und welche nicht (vergl. z. B. Fitting, Lehrbuch der Z.P.O. S. 232, 233) scheitert an der einfachen Erfahrungstatsache, daß die subjektive Gewißheit unter sonst gleichen Voraussetzungen bei dem einen eintritt, bei dem anderen nicht! Die Frage, ob jemand in einem gegebenen Zeitpunkt eine gegebene Tatsache gekannt hat, ist demnach ganz individuell zu beantworten; und die Gründe, auf welche seine Kenntnis sich stützen soll — seine Erkenntnismittel — berechtigen nur dazu, die Kenntnis für mehr oder minder wahrscheinlich zu halten.

der Mentalreservation abgehoben, der seine durch die Vulgärvorstellung des Begriffes vermittelte Abstammung von der restrictio der Moralisten nur schlecht verbirgt, dessen Inhalt und Umfang unbestimmt und unbestimmbar sind; zu ungerechten Konsequenzen führt er nach einer Anschauung, praktisch bedeutungslos ist er nach anderer Meinung, ja, eine Stimme zum mindesten erhebt sich sogar und streitet ihm jede tatsächliche Grundlage ab. Als ungerecht, als unpraktisch, als unmöglich hat man den Begriff der Mentalreservation bezeichnet, — und doch beherrscht er die ganze Literatur und soll in § 116 B.G.B. gesetzlich festgelegt worden sein!

Aber! — hat überhaupt nur einer der Autoren die Frage aufgeworfen, ob wirklich der herrschende Begriff die behauptete Grundlage habe? Ein einziger, — es ist Leonhard[1]) — kam in die Versuchung, an dem ererbten Begriffe zu rütteln, doch, rasch vertrieb er die Zweifel und ergab sich den Herkommen mit den resignierten Worten: „Alle derartigen Betrachtungen über die Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches ändern nichts daran, daß es hinsichtlich des Begriffes der Mentalreservation beim Alten bleibt." Nun stellen wir die entscheidende Frage:

Entspricht der herrschende Begriff der Mentalreservation dem Wortlaut des § 116 des B.G.B.?

Wir werden diese Frage verneinen.

---

[1]) D. allg. T. des B.G.B. S. 468.

Dritter Abschnitt.

Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 B.G.B.

Der grundlegende Tatbestand des § 116 ist ausgedrückt in den Worten: „Der Erklärende behält sich insgeheim vor, das Erklärte nicht zu wollen." Hiermit stellt das Gesetz der äußerlichen Erklärung, „Etwas" zu wollen, den innerlichen Vorbehalt, dieses „Etwas" nicht zu wollen, gegenüber. Es bedarf deshalb in erster Linie einer Untersuchung des Tatbestandes, der als „Vorbehalt, Etwas nicht zu wollen," bezeichnet wird.

Der Vorbehalt ist zunächst eine rein innere, psychische, Tatsache, — als solche fassen wir ihn zuerst ins Auge. Aber nicht jedes innere Verhalten, das im gewöhnlichen Leben als Vorbehalt bezeichnet werden mag, interessiert uns, sondern nur der Vorbehalt, Etwas nicht zu wollen.

Der Vorbehalt, Etwas nicht zu wollen, und der Vorbehalt, Etwas zu wollen, sind, psychologisch betrachtet, ein und derselbe Tatbestand. Denn in beiden wird ein Willensakt vorbehalten, ein Entschluß, das einemal gerichtet auf den Nichteintritt, das anderemal auf den Eintritt des „Etwas".

Was heißt also: ich behalte mir einen Entschluß vor? — Was ich jetzt will, kann ich mir nicht vorbehalten, jetzt zu wollen oder — nicht zu wollen. Das vorbehaltene Wollen ist ein zukünftiges Wollen; es ist also, indem ich es mir vorbehalte, noch kein wirkliches Wollen. Der Vorbehaltende läßt die Frage, wie er sich in Zukunft wollend verhalten werde, offen; sein zukünftiges Verhalten läßt sich durch keinerlei Anhaltspunkte im voraus bestimmen: *das vorbehaltene Wollen ist ein zukünftiges, gegenwärtig unbestimmbares Wollen.* In der Literatur ist es einzig *Leonhard*, welcher auf diese Tatsache aufmerksam macht mit den Worten: „Ein Vorbehalt kann sich nur auf ein zukünftiges Tun oder Unterlassen beziehen."

Davon ist durchaus zu trennen die Frage, ob derjenige, welcher sich vorbehält, Etwas zu wollen, oder sich vorbehält, Etwas nicht zu wollen, dieses „Etwas" jetzt will oder nicht will. Psychologisch ist beides möglich. Der Vorbehalt eines Entschlusses ist nämlich zunächst denkbar, wenn ich in einer Willensfrage überhaupt noch nicht zur Entscheidung gekommen,

noch unentschlossen bin. Ich breche durch den Vorbehalt meine Überlegung ab, mit der Absicht, sie später wieder aufzunehmen, — ähnlich dem Arbeiter, der eine halbfertige Arbeit zurücklegt (re-servare!), um sie zu einer anderen, gelegeneren Zeit zu vollenden. — Ein Vorbehalt ist jedoch auch in der Weise möglich, daß ich bereits einen Entschluß gefaßt habe, mir dabei aber eine Änderung des Entschlusses vorbehalte. Gegen diese Annahme könnte man den Einwand erheben, daß das jetzige Wollen kein ernstliches, also überhaupt kein eigentliches Wollen sei, wenn ich bereits jetzt daran denke, beliebig später nicht mehr zu wollen. Ein Beispiel! Auf dem Programmzettel eines Konzertes ist unten angemerkt: „Änderungen des Programms vorbehalten!" Heißt das, daß der Dirigent noch nicht recht entschlossen ist, was er eigentlich zum besten geben soll, — oder heißt es etwa, daß er fest vorhat, das Programm durchzuführen, aber z. B. erfahrungsgemäß mit unvorhergesehenen Umständen rechnet, die ihn in letzter Stunde zu einer Änderung seines Entschlusses veranlassen müßten? Die letztere Deutung liegt offenbar am nächsten; und das genügt zur Aufrechterhaltung unserer Ansicht. Unter Umständen mag ja auch die erste Deutung am Platze sein, — diese gehört dann aber in den zuerst ausgesonderten Fall des Vorbehaltes. Da demnach beide Fälle psychologisch möglich sind, und aus dem Wortlaut des § 116 B.G.B. nicht hervorgeht, daß einer dieser Fälle vom Tatbestand des Paragraphen ausgeschlossen sein soll, so ist die von der Literatur allgemein aufgestellte Behauptung, im Falle des § 116 werde etwas als gewollt erklärt, was in Wirklichkeit nicht gewollt ist, deshalb als irrig zu bezeichnen, weil sie ein zwar mögliches, aber unwesentliches Moment als wesentlichen Teil des Gesamttatbestandes ausgibt.

Man beachte doch: § 116 lautet nicht:

„Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende **dem** Erklärungsempfänger vorenthält, daß er das Erklärte nicht will,"

sondern:

„... weil der Erklärende **sich** vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen"!

Beides hat doch nicht den gleichen Sinn!

Wenn ich mir also vorbehalte, Etwas nicht zu wollen, so ist es gleichgültig ob ich dieses „Etwas" jetzt will oder nicht will; wesentlich ist nur, daß ich eben durch den Vorbehalt mein zukünftiges Wollen oder Nichtwollen offen lasse. Zu welchem Zweck tue ich das?

Wir tun gut, hier zunächst von einer rein rechtlichen Betrachtung abzuweichen und auf das Gebiet des gewöhnlichen Lebens überzugreifen. Dieses kennt nicht nur den Vorbehalt einem anderen gegenüber, sondern auch den Vorbehalt mir selbst gegenüber. Letzterer entspringt dem Bewußtsein der sittlichen Forderung nach einer einheitlichen und in sich widerspruchslosen Persönlichkeit, der zufolge ich es mir selbst, meinem Persönlichkeitswerte, der durch ein gegen-

teiliges Verhalten gemindert würde, schulde, bei dem einmal gefaßten Beschlusse zu bleiben, nicht bald dies, bald jenes, zu wollen: Ein Mann, — ein Wille! Diese Tatsache des Bewußtseins der sittlichen Gebundenheit — zunächst nicht an das Wort, sondern an den Willen, an den einmal gefaßten Entschluß, verdient Beachtung! Eben diese Gebundenheit soll der Vorbehalt ablehnen. Indem ich mir, jetzt dieses wollend, vorbehalte, es in Zukunft nicht zu wollen, unterwerfe ich mein jetziges Wollen — das, wie jedes Wollen, als „definitiv" im Bewußtsein auftreten möchte — einer beliebigen zeitlichen Beschränkung; jetzt wollend, stimme ich bereits einem möglichen künftigen Nichtwollen zu, so daß mein jetziges, Dieses wollende Ich zu dem vorausgesehenen eventuellen späteren, Dieses nichtwollenden Ich in keinem Widerspruch steht. Wem es auf eine psychologisch unrichtige Ausdrucksweise nicht ankommt, der kann deshalb, in Anlehnung an einen Savignyschen Ausdruck, den Vorbehalt als eine „Selbstbeschränkung des Willens" bezeichnen. — Dem gleichen Bewußtsein der sittlichen Gebundenheit an den einmal getroffenen Willensentscheid ist es zuzuschreiben, wenn jemand jetzt einen Entschluß überhaupt vermeidet, und „sich vorbehält", später in irgend einer Weise sich zu entschließen. — Es leuchtet sofort ein, daß das hier über den Vorbehalt „mir selbst gegenüber" Gesagte auch für den inneren Vorbehalt „einem anderen gegenüber" gilt. Ich behalte mir ihm gegenüber vor, das jetzt Gewollte — später nicht zu wollen, heißt: ich will ihm gegenüber zum Wollen moralisch nicht verpflichtet sein; wenn ich also später nicht will, so soll mir daraus kein Vorwurf entstehen. — Das allgemeine sittliche Bewußtsein verlangt zur „Wirksamkeit" eines solchen Vorbehaltes dessen Äußerung. Wird demzufolge der „innere Vorbehalt einem anderen gegenüber" diesem gegenüber geäußert, so wird diese Vorbehaltsäußerung ihrerseits von der Sprache ebenfalls als Vorbehalt bezeichnet. Der Typus eines solchen geäußerten Vorbehaltes ist etwa: „Ich will zwar dies oder jenes tun, — aber ich verspreche es dir nicht"[1]).

Dieser Exkurs in das Gebiet der Ethik rückt den juristischen Vorbehalt in eine interessante Beleuchtung. Auch im Gebiete des positiven Rechtes kann der Vorbehalt keinen anderen Zweck haben, als den: sich die Möglichkeit eines späteren, beliebigen Entschlusses zu erhalten — nicht die tatsächliche

[1]) Vgl. Pasqual, Lettres prov. (g. l.). Ecoutez donc Escobar, au tr. 3, ex 3, n. 48, où il donne cette règle générale: „Les promesses n'obligent point, quand on n'a point l'intention de s'obliger en les faisant. Or, il n'arrive guère qu'on ait cette intention, à moins que l'on les confirme par serment ou par contrat: de sorte que quand on dit simplement, „Je le ferai" on entend, qu'on le fera si l'on ne change de volonté; car on ne veut pas se priver par là de sa liberté." Der unmittelbar darauf folgende Satz Escobars: „Qui autem animum habet promittendi, hoc ipso se obligat", paßte offenbar zu den Tendenzen Pasquals nicht; er verleiht den vorausgegangenen Worten einen ganz anderen Sinn. Deshalb läßt Pasqual ihn aus!

Möglichkeit, denn diese ist durch psychische Akte nicht zu beeinflussen, — auch nicht die sittliche Möglichkeit, denn diese untersteht nicht der Rechtsnorm, — sondern die rechtliche Möglichkeit, das „Recht" zu einem späteren beliebigen Entschluß: ein Recht, das nach dem Bewußtsein des Vorbehaltenden ohne den Vorbehalt nicht erhalten bliebe.

So hat der Vorbehalt ebensowohl eine positive, als eine negative Tendenz, er ist „Rechtserhaltungsakt" ebensogut, als er „Rechtshemmungsakt" ist: was er erhalten soll, ist die rechtliche Freiheit des Wollens, was er hemmen, hintanhalten soll, ist die positiv-rechtliche Gebundenheit an ein bestimmtes Wollen.

Damit ist zugleich der akzessorische Charakter des Vorbehaltes gekennzeichnet: Der innere Vorbehalt ist geradezu psychisch unmöglich ohne Anlehnung an einen Willensentscheid, oder wenigstens die Anregung zu einem solchen, oder die Äußerung eines Willens; die Äußerung eines Vorhehaltes hat keinen Sinn, wenn ihr nicht eine Willenserklärung vorhergeht, auf die sie sich bezieht.

Unsere obige Frage: Welches ist der Zweck des Vorbehaltes? läßt sich nach dem Gesagten dahin beantworten: Der Zweck des Vorbehaltes ist die Hintanhaltung der rechtlichen Gebundenheit an ein gewisses Wollen, in unserem Fall an das Wollen des als gewollt „Erklärten".

Die Freiheit, das „Erklärte" zu wollen oder nicht zu wollen, kann ich mir aber nicht bloß dadurch erhalten, daß ich den Eintritt jeglicher Rechtswirkung auszuschließen suche, sondern auch dadurch, daß ich die rechtliche Wirksamkeit meiner Erklärung zwar eintreten lasse, mir aber das Recht sichere, sie einseitig, und zwar nach freiem Belieben wieder aufzuheben. — Wieder können wir sagen: Da beide Fälle in den Begriff des Vorbehaltes fallen, und aus dem Wortlaut des § 116 B.G.B. nicht hervorgeht, daß einer dieser Fälle vom Tatbestand des Paragraphen ausgeschlossen sein soll, so ist die von einem Teil der Literatur aufgestellte Behauptung, im Falle des § 116 bestehe eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung insofern, als die Rechtsfolgen nicht gewollt seien, deshalb als irrig zu bezeichnen, weil sie ein zwar mögliches, aber unwesentliches Moment als wesentlichen Teil des Gesamttatbestandes ausgibt.

Die Mittel, durch welche der Vorbehaltende seinen Zweck zu erreichen sucht, sind: entweder ein rein innerer Willensakt oder eine Willenserklärung.

Im § 116 B.G.B. ist nicht bloß ein innerer Vorbehalt, sondern geradezu ein insgeheimer Vorbehalt vorgesehen. Die Bedeutung des Wortes „insgeheim" bedarf deshalb einer gesonderten Feststellung.

Wenn ich von einer Tatsache meines Innenlebens — und eine solche ist ja der innere Vorbehalt — nicht spreche, so „verheimliche" ich sie deshalb noch nicht: es kommt mir vielleicht gar nicht in den

Sinn, mich über sie zu äußern, oder, ich halte eine Mitteilung darüber für unnötig; ich „verheimliche“ sie nur dem, von dem ich weiß, daß er über sie unterrichtet werden will oder soll. Da nun jeder Willensäußerung entweder eine numerisch unbestimmte Menge von Menschen, oder ein bestimmter Personenkreis oder auch nur ein Einzelner als Interessent gegenübersteht, und diese Personen von einem etwaigen Vorbehalt Kenntnis haben wollen und sollen, — so mag diesen gegenüber das Schweigen über den Vorbehalt als Verheimlichung des Vorbehaltes erscheinen. Diese Verheimlichung ist mit einer Täuschung notwendig verbunden. Denn der Erklärende weiß, daß der Interessent eine andere Rechtslage als gegeben erachtet, als die ist, welche der Mentalreservant infolge seines geheimen Vorbehaltes zu begründen vermeint, und sucht den Interessenten durch sein eigenes Verhalten in diesen Irrtum zu bringen. Man beachte wohl: die Unkenntnis der Interessenten über den Vorbehalt ist dem geheimen Vorbehalt nicht wesentlich, sondern einzig der Wille des Erklärenden, sie in Unkenntnis zu belassen. Nur, wenn der Erklärende Bewußtsein davon hat, daß seine Äußerung als bindend aufgefaßt wird, nur, wenn er weiß, daß der oder die Interessenten sich getäuscht fühlen werden, wenn sie den Vorbehalt erfahren, und wenn er trotzdem den Vorbehalt nicht zum Ausdruck bringen will, den Interessenten, so viel an ihm liegt, im Glauben beläßt, daß er sich auf die Willensäußerung jederzeit berufen könne, — nur dann behält sich der Erklärende „insgeheim“ vor, das Erklärte nicht zu wollen. Da die Täuschungsabsicht des Erklärenden, nicht das tatsächliche Nichtwissen des Interessenten den Vorbehalt zu einem geheimen macht, so verliert der Vorbehalt in den Fällen, wo der Erklärende einem Nichtbeteiligten oder einem von mehreren Interessenten den Vorbehalt mitteilt, den übrigen Interessenten gegenüber nicht den Charakter der Heimlichkeit. Ja, der Vorbehalt ist ein „insgeheimer“ selbst denjenigen Interessenten gegenüber, die den Vorbehalt tatsächlich kennen, sei es durch Mitteilung Dritter, sei es durch eigene Beobachtung, — wenn sie ihre Kenntnis nur nicht mit Wissen und Willen des Vorbehaltenden haben. Da das Gesetz die Rechtsfolgen nach „kennen“ und „nicht kennen“ unterscheidet, nicht aber nach „geheim“ und „nicht geheim“, so ist eine Diskussion über den Begriff „insgeheim“ von untergeordneter Bedeutung. In den Vordergrund träte die Frage erst, wenn man die Heimlichkeit des Vorbehaltes leugnen würde, sobald nicht bloß die Interessenten, sondern überhaupt irgend jemand vom Vorbehalt Kenntnis hätte.

Die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung können wir nunmehr in folgender Umschreibung des gesetzlichen Wortlautes des § 116 Satz 1 zu genau formuliertem Ausdruck bringen:

Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende bei Abgabe der Erklärung durch einen bloßen Willensakt sich das Recht zu erhalten sucht, das, was er jetzt als gewollt erklärt, beliebig später nicht zu wollen, dabei aber

dem Interessenten diesen Vorbehalt verschweigt, um ihn glauben zu machen, daß die Erklärung ohne den Vorbehalt abgegeben sei.

Diese Auslegung zeigt uns als zum wesentlichen Tatbestand des § 116 B.G.B. gehörend folgenden Bewußtseinszustand des Erklärenden im Augenblick der Abgabe der Willenserklärung:

1. Der Erklärende hat das Bewußtsein, daß er den äußeren Tatbestand rechtlicher Gebundenheit an das Wollen des Erklärten begründe, — und er will diesen äußeren Tatbestand begründen.

2. Der Erklärende hat das Bewußtsein, daß er durch einen bloßen Willensakt die rechtliche Gebundenheit an das Wollen des Erklärten ausschließen könne, — und er vollzieht diesen Willensakt.

3. Der Erklärende hat das Bewußtsein, daß der Interessent von diesem Willensakt nichts weiß, also auf Grund des äußeren Tatbestandes den Erklärenden als an das Wollen des Erklärten gebunden halten wird, — und er will im Interessenten diesen Glauben erwecken.

Ist im gegebenen Fall nur eines dieser psychischen Momente nicht vorhanden, so ist § 116 B.G.B. nicht anwendbar. Rechtlich irrelevant ist jedoch, ob der Erklärende bei Abgabe der Erklärung das Erklärte gewollt hat, oder nicht. Das Nichtwollen des Erklärten bringt der Erklärende erst dann zur Geltung, wenn der Interessent der Erklärung sich auf das Erklärte beruft, sich an die Erklärung halten will. Alsdann wird der Erklärende nicht etwa entgegnen, daß er das Erklärte schon damals, bei Abgabe der Erklärung, nicht gewollt habe. Das hieße, sich auf seine eigene Lüge berufen! Nein, gelogen will der Erklärende nicht haben, — deshalb hat er ja gerade den geheimen Vorbehalt gewählt! Er will formell durchaus rechtmäßig gehandelt haben! Und auf den Vorwurf der Lüge glaubt er mit Recht antworten zu können: „Ich behaupte jetzt nicht, daß ich damals, bei Abgabe der Erklärung, das Erklärte nicht gewollt habe, sondern darauf stütze ich mich, daß ich es jetzt nicht will, und daß ich mir gleich von Anfang an das Recht, das Erklärte beliebig später nicht zu wollen, zurückbehalten habe. Dafür, daß du meine Erklärung als bindend aufgefaßt hast, bin ich nicht verantwortlich!" So ist allerdings klar, daß in weitaus den meisten Fällen der Erklärende von vornherein nicht den erklärten Willen haben wird, — gleichwohl ist festzuhalten, daß der Mangel dieses Willens bei Abgabe der Erklärung nicht zum wesentlichen Tatbestand des § 116 B.G.B. gehört.

Im Falle des § 116 hat der Interessent nicht aus den Worten, sondern aus dem Verhalten des Erklärenden einen falschen Schluß gezogen; falsch war dieser Schluß, nicht im Sinne einer Verkennung der verkehrsüblichen Bedeutung des Verhaltens, sondern falsch war er, weil das Gegenteil des nach der Verkehrsübung aus dem Verhalten zu erschließenden Willens tatsächlich gegeben war. Dieser Widerspruch zwischen dem aus dem Verhalten zu entnehmenden

Willen und dem tatsächlich vorhandenen Willen, besteht auch, — wenn anders unsere bisherigen Ausführungen richtig sind, — im Falle des ausdrücklichen Vorbehaltes. Für uns ist der ausdrückliche Vorbehalt: die Erklärung, daß der Vorbehaltende sich ein Recht erhalten wolle, dessen Aufgabe nach seinem Wissen ohne die Erklärung aus dem sonstigen Verhalten des Vorbehaltenden zu entnehmen wäre. Ganz im gleichen Sinne gebraucht das Gesetz den Ausdruck „Vorbehalt“.

In den Fällen der §§ 341, 3; 464 und 640, — in welchen das Gesetz von „Vorbehalt“ spricht, — hat der Gläubiger, bezw. Käufer oder Besteller, das Bewußtsein, daß er durch die vorbehaltlose Annahme der Leistung trotz des Verzuges, der Kaufsache oder des Werkes trotz des Mangels seinen Anspruch auf die vereinbarte Strafe, bezw. auf Wandelung, Minderung u. s. w., verliert, kurz einen Rechtsverlust erleidet. Diese aus seinem frei gewählten Verhalten mit seinem Wissen an sich entstehende Rechtsfolge glaubt er durch die Erklärung seines darauf abzielenden Willens hintanhalten zu können. — Nach dem Tatbestand des § 116 hat der Erklärende das Bewußtsein, daß er durch seine Willenserklärung der rechtlichen Freiheit des Nichtwollens dessen, was er erklärt hat, verlustig geht, — und diese, aus seinem Verhalten mit seinem Wissen entstehende Rechtsfolge, glaubt er — nicht durch eine entsprechende Erklärung, sondern — durch den bloßen Willen hintanhalten zu können. Beides, den Willen und die Erklärung des Willens, sich ein Recht zu erhalten, haben wir nach unseren Ausführungen als Vorbehalt zu bezeichnen, und finden beides auch im Gesetze so benannt, so daß unsere Interpretation des § 116 in der Tat als dem Sinne des Gesetzes entsprechend erscheint. Auch die übrigen Gesetzesstellen, in welchen der Ausdruck „Vorbehalt“ Anwendung findet (es sind dies die §§ 346, 455, 881, 1190, 1238, 1253, 1271, 1790, 1871, 2086, 2293, 2298), können als Belege genannt werden. Jedermann z. B. weiß, daß er nicht heute einen Kauf abschließen und morgen von diesem Vertrage zurücktreten könne. Um dieses Recht sich zu sichern, seine rechtliche Willensfreiheit nach dieser Seite hin zu wahren, erklärt er im Vertrage seinen dementsprechenden Willen. Der Umfang seiner subjektiven Rechtssphäre ist durch den Vorbehalt weiter geblieben, als er ohne den Vorbehalt geworden wäre. Der Vorbehalt zeigt sich auch hier in seiner doppelten Natur als Rechtserhaltungsakt und als Rechtshemmungsakt. „Recht“ verstehen wir hier natürlich in dem weitesten, nach dem Sprachgebrauch zulässigen, Sinne: als, vom Standpunkt des Gesetzes aus, unbehinderte Freiheit der Willensbetätigung nach einer bestimmten Richtung. Bereits früher sagten wir, daß ich mir diese Freiheit nicht bloß dann erhalte, wenn ich eine Rechtswirkung überhaupt nicht begründe, sondern auch dann, wenn ich zwar eine Rechtswirkung auslöse, mir aber das Recht sichere, sie einseitig, nach freiem Belieben, wieder aufzuheben. Nun sehen wir diese Auffassung des Vorbehaltes auch im Gesetze zum

Ausdruck gelangt. Isay bedauert das. Nach ihm sind „wir damit glücklich da angelangt, daß jeder juristische Gehalt aus dem Terminus verschwunden ist." Es frägt sich jedoch, ob nicht doch eine — allerdings — einheitliche Anwendung des Wortes „Vorbehalt" auf alle unter den von uns als Vorbehalt fixierten Sachverhalt fallenden Tatbestände nutzbringend wäre; man müßte nur zwischen wirksamem und unwirksamem, beschränktem und unbeschränktem Vorbehalt unterscheiden. Wie dem auch sei, Isays Ausführungen lassen mit Sicherheit erkennen, daß er den Vorbehalt im Sinne des Gesetzes ebenso auffaßt, wie wir[1]); insbesondere gibt Isay zu, daß „das Leben jede geäußerte unverbindliche Absicht als Vorbehalt" bezeichne, und stellt sich damit auch bezüglich des allgemeinen Sprachgebrauches auf den Standpunkt unserer Untersuchung. Die Form, in welcher er das tut, ist allerdings irreführend. Denn die geäußerte unverbindliche Absicht ist nicht der Vorbehalt, sondern durch den Vorbehalt soll die geäußerte Absicht zu einer unverbindlichen werden; der Vorbehalt ist die Absicht (soll heißen: der Wille), an die Äußerung nicht gebunden zu sein.

Diese letztere Wendung kann vom Standpunkt unserer vorhergehenden Ausführungen aus nicht mißverstanden werden.

Wer einem anderen seinen Willen bloß mitteilt, über sein „Vorhaben" einfachhin plaudert, auch, wer sich in geschäftliche Verhandlungen eingelassen hat, hat nicht den Willen, an diese seine Äußerung gebunden zu sein, er hat vielleicht geradezu den Willen, an die Äußerung nicht gebunden zu sein. Gleichwohl kann man von ihm nicht sagen, daß er einen Vorbehalt mache. Er denkt gar nicht daran! Denn er hat das Bewußtsein, daß die äußeren Umstände, unter denen er seinen Willen mitteilt, den Anschein des Gebundenseins oder des Gebundenseinwollens offensichtlich ausschließen. Gerade das Umgekehrte findet beim Vorbehalt statt. Der Vorbehaltende weiß, daß nicht bloß der Mangel des Willens zur Gebundenheit nicht erkennbar ist, sondern im Gegenteil die die Erklärung begleitenden Umstände, speziell sein Verhalten, den Anschein bieten, als ob er gebunden sein wolle und gebunden sei. Will er sein Gegenüber vor Täuschung bewahren, so äußert er den Vorbehalt, im gegenteiligen Fall verheimlicht er ihm den Vorbehalt.

Nach der im Vorstehenden gebrachten Gegenüberstellung von innerem und geäußertem Vorbehalt, und nach der Vergleichung der Erklärung unter Vorbehalt mit der unverbindlichen Willensäußerung, können wir noch kurz den Unterschied zwischen dem Wollen unter Vorbehalt einerseits, dem Wollen unter einer Zeitbestimmung und dem bedingten Wollen andererseits feststellen.

Gleich zu Beginn des Abschnittes sagten wir: „Was ich jetzt

---

[1]) Jedoch konstatiert Isay ausdrücklich, daß das B.G.B. in § 116 von Vorbehalt in einem anderen Sinne spricht. Den Beweis bleibt Isay schuldig.

will oder nicht will, kann ich mir nicht vorbehalten, jetzt zu wollen oder nicht zu wollen. Das vorbehaltene Wollen ist ein zukünftiges Wollen; es ist also, indem ich es mir vorbehalte, noch kein wirkliches Wollen." Dadurch unterscheidet sich das vorbehaltene Wollen von dem Wollen eines zukünftigen Erlebnisses, überhaupt dem Wollen unter einer Zeitbestimmung (z. B. „ich reise am 25. November ab); denn hier ist das vorgestellte Erlebnis jetzt gewollt, wenn auch nicht als jetziges.

Wir haben ferner in Früherem das vorbehaltene Wollen als ein „zukünftiges, gegenwärtig nicht bestimmbares Wollen" bezeichnet. Dem Vorbehaltenden mangelt, wenigstens in den Fällen des ehrlichen, ausdrücklichen Vorbehaltes, die Gewißheit darüber, wie er sich in der Zukunft wollend verhalten wird. In gleicher Lage befindet sich der bedingt Wollende, wobei wir die condiciones in praesens vel in praeteritum collatae den „wahren" Bedingungen gleichstellen können. Aber, während der bedingt Wollende sich nur in Ungewißheit befindet über die Wirklichkeit oder spätere Verwirklichung einer sein Wollen beeinflussenden Tatsache, — sein Wollen aber bereits jetzt im voraus sowohl für den Eintritt als für den Nichteintritt der Tatsache festlegt, — sich also für jeden zukünftigen Fall bereits jetzt entscheidet, — vertraut der Vorbehaltende nur seinem jetzigen Wollen, während er über späteres Wollen oder Nichtwollen im ungewissen ist (oder er sucht wenigstens den Anschein dieses subjektiven Tatbestandes zu erwecken); er bindet sich durch seinen Entschluß oder seine Erklärung bestenfalls nur für jetzt; er sagt: jetzt will ich, ob ich später noch will, weiß ich nicht! — Wenn der bedingt Wollende seinen Willen einem anderen mitgeteilt oder erklärt hat, so kann der andere bereits im vorhinein den zukünftigen Willen des bedingt Wollenden mit Hinsicht auf die Existenz oder Nichtexistenz der als Bedingung gesetzten Tatsache alternativ eindeutig bestimmen. Diese Ausführungen versagen auch nicht gegenüber den condiciones mixtae und den condiciones potestativae, ja, das Wesen dieser condiciones wird gerade durch die im vorstehenden versuchte Gegenüberstellung mit dem Wollen unter Vorbehalt aufs deutlichste herausgehoben. Insbesondere scheidet die l. 8. D. 44, 7 sog. „condicio si volam" aus der Reihe der Bedingungen aus und erweist sich als offener (ausdrücklicher) Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen. Demgemäß können wir wohl, ohne mißverstanden zu werden, den Tatbestand des § 116 auch kurz als verschwiegene condicio si volam bezeichnen, ohne darunter etwas anderes verstehen zu wollen, als den geheimen Willen, sich das Recht zu erhalten, das als gewollt Erklärte nicht zu wollen.

Wir könnten hier füglich unsere Untersuchung beschließen, wenn wir nicht im ganzen Verlauf derselben beständig darauf hingewiesen hätten, daß nicht bloß der eigentümliche Tatbestand der Mentalreservation verkannt zu werden scheint, sondern die Anwendung des

§ 116 auch deshalb in beständiger Unsicherheit ist, weil ein klarer und allgemein anerkannter Begriff der Willenserklärung, speziell eine feste Bestimmung des Erklärten, fehlt. Wenn auch niemand erwarten wird, daß wir unsere Untersuchung auf den vollen Umfang dieser Fragen ausdehnen, so scheint es uns doch Pflicht, hervorzuheben, inwiefern wenigstens die Interpretation des § 116 B.G.B. zur Klärung dieser Begriffe beitragen kann.

Wir leugneten, daß das Wesen der Mentalreservation im Sinne des § 116 B.G.B. in der bewußten Divergenz zwischen Wille und Erklärung bestehe. Wir stellten als Kernpunkt des Begriffes hin den Willen, sich das Recht zu erhalten, das jetzt als gewollt Erklärte beliebig später nicht zu wollen. In diesem Willen erblickten wir den Vorbehalt, nicht aber, wie die Literatur, in dem Nichtwollen des Erklärten. Wir stellten ferner fest, daß dem Willen, der das Wesen des Vorbehaltes ausmacht, Genüge getan ist, wenn nur der Erklärende zu jeder beliebigen Zeit die rechtliche Freiheit des Nichtwollens des Erklärten hat, gleichviel, ob die an sich an die Erklärung geknüpften Rechtsfolgen überhaupt nicht eintreten, oder nur durch das Nichtwollen aufgehoben werden. — Zu diesen Behauptungen gelangten wir, ausgehend vom Wortlaut des § 116 B.G.B. Wenn die Literatur allgemein anderer Ansicht ist, so liegt der Grund, wie wir wiederholt zeigen konnten, darin, daß die Literatur einen ererbten, und noch dazu keineswegs geklärten Begriff der Mentalreservation dem Gesetze imputierte. Auf diesem falschen Wege mußte zwar nicht notwendig ein falsches Resultat gefunden werden, — jedenfalls aber hat eine solchermaßen gewonnene Anschauung gegenüber der auf dem einzig erlaubten Wege gefundenen Begriffsbestimmung keine Beweiskraft!

Man möchte uns vielleicht einwenden, daß wir die Divergenz zwischen Wille und Erklärung, welche wir zunächst leugneten, doch auf andere Weise wenigstens indirekt zugegeben hätten. Wir sagten nämlich, daß der Vorbehaltende im Falle des § 116 das Bewußtsein habe, daß seine Erklärung von dem Interessenten als bindend aufgefaßt werde; wir gaben an, daß der Vorbehalt zu dem Verhalten des Erklärenden und zu den begleitenden Umständen der Erklärung in Widerspruch stehe. Man wird daraus folgern: also ist der Bindungswille (so nennen wir kurz den dem Vorbehalt entgegengesetzten Willen) doch irgendwie geäußert, er ist erklärt worden; und es besteht wenigstens insofern eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung. Dieser Einwand ist unberechtigt. Statt nämlich aus dem Resultate der Interpretation zu schließen, daß nach der Sprechweise des § 116 B.G.B. nicht alles, was überhaupt anläßlich der Erklärung zu erschließen ist, auch als „erklärt" zu gelten hat, — folgert dieser Einwand aus einem a priori angenommenen Begriff des Erklärens, daß auch der Bindungswille erklärt sei.

Doch kommt uns der Angriff höchst willkommen. Er bringt uns in die Lage, die spärlichen Anhaltspunkte, welche die Analyse

des Gesetzestextes für unsere Anschauung bot, auf eine breitere Grundlage zu stellen.

Darin stimmen alle Schriftsteller überein, daß die Erklärung ein äußerliches Substrat haben müsse, daß die Grundlage alles Erklärens ein Komplex von sinnlich Wahrnehmbarem sei: Würde es nun gelingen, eine Formel zu finden, durch welche dieser Komplex von sinnlich Wahrnehmbarem gegenüber den übrigen, gleichzeitigen Wahrnehmungsobjekten abgegrenzt würde, so wäre damit auch das „Erklärte" formell bestimmbar! Umgekehrt ist jeder Beitrag zur Begrenzung des „Erklärten" von Bedeutung für die Festsetzung des Komplexes von sinnlich Wahrnehmbarem, in welchem die Erklärung sich konstituiert. Die Interpretation des § 116 B.G.B. ließ uns einen solchen Beitrag gewinnen: der „Bindungswille" ist nicht „erklärt", — also gehören diejenigen Umstände, aus denen der Bindungswille zu entnehmen ist, nicht zum „Erklärungskomplex".

Diese Feststellung beansprucht Geltung zunächst nur auf Grund des § 116 B.G.B. Würde sich aber die Untersuchung auf sämtliche Paragraphen, welche Bestimmungen über die Willenserklärung enthalten, oder, in welchen von Erklärung, Wille, erklären u. s. w. auch nur gesprochen wird, erstrecken, so ergäbe eine organische Verknüpfung der hierbei gewonnenen Einzelresultate das gesuchte Gesamtergebnis.

In das Dunkel dieser Probleme vermag ja wohl überhaupt nur eine Detailuntersuchung Licht zu bringen, die sich aufs engste an die Sprache des Gesetzes hält, und, abhold allem aprioristischen Dogmatismus, nur den Standpunkt des Gesetzes aufzudecken sucht, — Schritt für Schritt vorgehend, die gewonnenen Resultate vergleichend, verknüpfend und gegenseitig ergänzend, bis ein vollständig auf dem Boden des geltenden Gesetzes erwachsenes Endergebnis zustande kommt. Gegenüber dem Problem der Willenserklärung sind Rümelins Worte am Platze: „Die Untersuchung bietet keine fertigen, vollständig befriedigenden Resultate. Die Untersuchung ist deshalb hier abzubrechen, und von der juristischen Detailuntersuchung ausgehend fortzuführen; bei derselben haben die bisherigen Feststellungen einerseits die Richtung zu bestimmen, andererseits sind sie einer genaueren, vorurteilslosen Prüfung zu unterwerfen."